



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CURSO DE DIREITO

Área de Concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico

Curso de Doutorado

SAMARA DE OLIVEIRA PINHO

**O CONTEÚDO MORAL NA FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA DO STF:
O CASO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA**

Fortaleza

2023

SAMARA DE OLIVEIRA PINHO

O CONTEÚDO MORAL NA FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA DO STF:
O CASO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade Federal do Ceará – UFC, como requisito parcial para obtenção do título de doutor. Área de Concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientadora: Profa. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado.

Fortaleza

2023

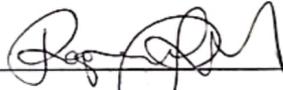
SAMARA DE OLIVEIRA PINHO

O CONTEÚDO MORAL NA FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA DO STF: O CASO DA
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade Federal do Ceará – UFC, como requisito parcial para obtenção do título de doutor. Área de Concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovada em 18 / 12 / 2023

BANCA EXAMINADORA



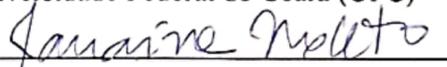
Prof. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)



Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque (Membro)
Universidade Federal do Ceará (UFC)



Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (Membro)
Universidade Federal do Ceará (UFC)



Prof. Dra. Janaína Soares Noleto Castelo Branco (Membro)

Prof. Associada da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC)



Prof. Pós Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho (Membro)
Centro Universitário Christus (Unichristus)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

P724c Pinho, Samara de Oliveira.

O conteúdo moral na fundamentação decisória do STF : o caso da criminalização da homofobia e transfobia / Samara de Oliveira Pinho. – 2023.
257 f.

Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2023.

Orientação: Profa. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado.

1. Direito; moral; fundamentação judicial. I. Título.

CDD 340

*“[...] Nunca questione sua moralidade
Deus te deu sua sexualidade [...]”*
(Música de Louie Vega & The Martinez Brothers).

AGRADECIMENTOS

Minhas graças são sinceras.

Mas, antes, apresento desculpas pela espera.

Espera de familiares e dos lugares que deixei de frequentar.

Espera de amigos e conhecidos que deixei de me interessar.

E, por tudo isso, agradeço a todos pelo que pude vivenciar.

Ao tempo, ao universo, a Deus e aos meus pais.

Ao meu amor, aos colegas, aos amigos e aos demais.

Aos meus professores, aos cantores e aos artistas que me deram paz.

Ao meu trabalho, aos meus estudos e a mim mesma por não voltar atrás.

Obrigada a tudo e a todos, mais uma vez.

A tudo que passei e, assim, me fez.

A esta tese por ter me ensinado tanto.

A toda alegria e até mesmo ao pranto.

Obrigada.

RESUMO

Esta tese de doutorado aborda o conteúdo moral na Ciência do Direito e no contexto de fundamentação judicial do Supremo Tribunal Federal – STF. Estipulou-se como objeto pragmático a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26 – ADO nº. 26 –, que definiu a criminalização da homofobia e da transfobia. Elegeu-se referida demanda porque somente em sede de averiguação empírica é factível determinar o conteúdo moral da norma jurídica e sua extensão, objetivando-a. Executou-se uma análise hipotético-dedutiva, em que tal ação judicial se exibiu como representativa para a exploração de aspectos associados a uma moral jurídico-constitucional, sobretudo, em razão da própria natureza desta demanda. A exploração do conteúdo moral normativo pressupõe, portanto, a análise de um caso concreto, por meio do exercício hermenêutico, mediante a aplicação de juízos valorativos e éticos numa fundamentação judicial, em que o julgador exerce seu ofício argumentativo sobre normas jurídicas com carga axiológica que são advindas da própria Constituição Federal, ou seja, trata-se da moral constitucionalmente reconhecida. O objetivo geral é entender de que maneira a moral pode ser tratada pelo Direito, conforme a fundamentação do acórdão da ADO nº. 26. Os objetivos específicos incluem a discussão sobre as premissas teóricas envoltas à moral e à Ciência Jurídica, a elucidação da problemática da interpretação normativa de regras e princípios, com o exame das dificuldades no relacionamento entre Poder Legislativo e Judiciário quanto à criminalização das referidas condutas discriminatórias. Tem-se, ainda, a verificação da omissão parlamentar até o julgamento da ADO nº. 26, com dados sobre os projetos normativos quanto ao assunto e a análise do posicionamento do STF sobre questões morais, nessa ação constitucional. O trabalho encontra-se dividido em três capítulos, em que se explanou sobre a associação entre Direito e moral e seu impacto sobre a ADO nº. 26, analisou-se as razões da inércia legislativa, ao denotar que essa motivação está atrelada com o conteúdo valorativo vinculado à ação, debruçando-se, ainda, sobre o papel deliberativo do STF, consoante seu então *design* institucional. A pesquisa foi realizada pelos seguintes métodos: descritivo-dialético, empírico-dedutivo e método de análise de decisões. Elaborou-se um Banco de Informações (anexo), em que foram agrupados e sistematizados os principais andamentos e fundamentos da ADO nº, 26. O ineditismo e originalidade da pesquisa se destacam a partir da forma de abordagem da temática, em vista da inexistência de estudos sobre a correlação entre moral e Direito, sob uma perspectiva

efetivamente empírica e hipotético-dedutiva. Desta investigação, pôde-se estabelecer ilações, parâmetros, orientações e propostas quanto à atuação do STF na interpretação de normas de teor moral e, assim, contribuir para a teoria geral do Direito no que se refere à incorporação da moral como tema de importância regulatória. Ao final, percebeu-se essa demanda como paradigmática para a compreensão de que os argumentos morais evidenciados devem irradiar sobre todo ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, porque promove uma reconfiguração do entroncamento entre duas formas de conhecimento. Aprofundou-se o entendimento sobre os princípios da liberdade e da igualdade na realidade nacional, além de aplicar os efeitos da ADO de uma maneira inédita (concretista geral), mediante a averiguação de uma omissão legislativa inconstitucional.

Palavras-chave: Direito; moral; fundamentação judicial; ADO nº. 26; STF; princípios normativos; abordagem pelo método de análise de decisões.

ABSTRACT

This doctoral thesis addresses the moral content in the Science of Law and in the context of legal grounds of the Brazilian Supreme Court (STF, Supremo Tribunal Federal). It was stipulated as a pragmatic object the Direct Action of Unconstitutionality by Omission n° 26 – ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) n°. 26 –, which defined the criminalization of homophobia and transphobia. The said demand was chosen because only through empirical investigation is it possible to determine the moral content of the legal norm and its scope, aiming to objectify it. An hypothetical-deductive analysis was carried out, in which this legal action appeared as representative for the exploration of aspects associated with a legal-constitutional morality, mainly due to the nature of this demand. Hence, the exploration of normative moral content presupposes the analysis of a specific case, through hermeneutic exercise, by applying evaluative and ethical judgments in a legal foundation, in which the judge exercises their argumentative function on legal norms with axiological weight derived from the Federal Constitution itself. In other words, it pertains to constitutionally recognized morality. The general objective is to understand how morality can be addressed by the Law, according to the rationale of the judgment in ADO n° 26. The specific objectives include the discussion of the theoretical premises surrounding morality and Legal Science, the elucidation of the problematic nature of normative interpretation of rules and principles, along with an examination of the difficulties in the relationship between the Legislative and Judicial branches regarding the criminalization of said discriminatory behaviors. Furthermore, there is the verification of parliamentary omission until the judgment of ADO n° 26, with data on normative projects regarding the subject and the analysis of the STF stance on moral issues in this constitutional action. The work is divided into three chapters, in which it was explained about the association between Law and morality and its impact on ADO n° 26, the reasons for legislative inaction were analyzed, indicating that this motivation is linked to the evaluative content associated with the action, further delving into the deliberative role of the STF, according to its institutional design at that time. The research was conducted using the following methods: descriptive-dialectical, empirical-deductive, and decision analysis method. A Information Base (appended) was developed, in which the main progressions and foundations of ADO n° 26 were grouped and systematized. The novelty and originality of the research stand out in terms of the approach to the subject, given the absence of studies on the

correlation between morality and Law from an effectively empirical and hypothetical-deductive perspective. From this investigation, it was possible to establish inferences, parameters, guidelines, and proposals regarding the role of the STF in the interpretation of norms of moral nature, and thus, contribute to the general theory of Law concerning the incorporation of morality as a topic of regulatory importance. In the conclusion, it was understood that this demand is paradigmatic for understanding that the highlighted moral arguments should radiate throughout the entire Brazilian legal system, and also because it promotes a reconfiguration of the intersection between two forms of knowledge. The understanding of the principles of freedom and equality in the national reality was deepened, and the effects of the ADO were applied in an unprecedented manner (in a general concretist approach), by investigating an unconstitutional legislative omission.

Keywords: Law; morality; legal foundation; ADO n° 26; STF; normative principles; approach through decision analysis method.

SINTESI

Questa tesi di dottorato si occupa del contenuto morale nella Scienza del diritto e nel contesto dei principi fondamentali giudiziari della Corte Suprema. L'oggetto pragmatico è stato Azione Diretta di incostituzionalità per Omissione n. 26 - ADO n. 26 - che ha definito la criminalizzazione dell'omofobia e della transfobia. Questa causa è stata scelta perché solo attraverso l'indagine empirica è possibile determinare il contenuto morale della norma giuridica e la sua portata. Un'analisi ipotetico-deduttivo è stata condotta, in cui questa causa si è dimostrata rappresentativa per l'esplorazione degli aspetti associati a una morale giuridico-costituzionale, soprattutto per la natura stessa di questa causa. L'esplorazione dei contenuti morali normativi presuppone quindi l'analisi di un caso specifico, attraverso un esercizio ermeneutico, mediante l'applicazione di giudizi valutativi ed etici in un ragionamento giudiziario, in cui il giudice esercita la sua funzione argomentativa sulle norme giuridiche con una carica assiologica che proviene dalla stessa Costituzione Federale, in altre parole, si tratta di una morale costituzionalmente riconosciuta. L'obiettivo generale è capire come la morale possa essere trattata dalla Giurisprudenza, secondo le motivazioni della sentenza ADO n. 26. Gli obiettivi specifici includono una discussione delle premesse teoriche che circondano la morale e la Scienza del diritto, l'approfondimento del problema dell'interpretazione regolative delle norme e dei principi, con un esame delle difficoltà nel rapporto tra il Potere Legislativo e la Magistratura per quanto riguarda la criminalizzazione di tali condotte discriminatorie. È anche presente un'analisi dell'omissione legislativa fino alla sentenza dell'ADO n. 26, con dati sui progetti normativi in materia e un'analisi della posizione della Corte Suprema sulla questione morale in questa azione costituzionale. Il lavoro è suddiviso in tre capitoli, nei quali si spiega l'associazione tra diritto e morale e il suo impatto sull'ADO n. 26, le ragioni dell'inerzia legislativa vengono analizzate, denotando che tale motivazione è legata al criterio valutativo dell'azione, e il ruolo deliberativo della Corte Suprema, secondo il suo disegno istituzionale dell'epoca. La ricerca è stata condotta utilizzando i seguenti metodi: descrittivo-dialettico, empirico-deduttivo e il metodo dell'analisi delle decisioni. Un Database di Informazioni (in allegato) è stato creato, in cui sono stati raggruppati e sistematizzati i principali sviluppi e le motivazioni dell'ADO 26. La novità e l'originalità della ricerca è sottolineata dal modo in cui il tema è stato affrontato, data la mancanza di studi sulla correlazione tra morale e diritto, da una prospettiva effettivamente

empirica e ipotetico-deduttivo. Da questa indagine è stato possibile ricavare le conclusioni, parametri, linee guida e proposte sul ruolo della Corte Suprema nell'interpretazione delle norme morali, contribuendo così alla teoria generale della giurisprudenza per quanto riguarda l'incorporazione della morale come questione di importanza normativa. Alla fine, questa richiesta è stata considerata paradigmatica per la comprensione del fatto che gli argomenti morali evidenziati dovrebbero diramarsi in tutto il sistema giuridico brasiliano e anche perché promuove una riconfigurazione della giunzione tra due forme di conoscenza. La comprensione sui principi di libertà e uguaglianza nella realtà nazionale è stato approfondito, oltre ad applicare gli effetti dell'ADO in modo inedito (concretista generico), indagando su un'omissione legislativa incostituzionale.

Parole chiave: Giurisprudenza; morale; ragionamento giudiziario; ADO n°. 26; Corte Suprema; principi normativi; metodo dell'analisi delle decisioni.

SUMÁRIO

	14
INTRODUÇÃO	
1 A DETERMINAÇÃO DA MORAL PELO DIREITO MEDIANTE SUA EXTERIORIZAÇÃO PRINCIPOLÓGICA-NORMATIVA NO CASO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA	33
1.1 O entroncamento entre moral e Direito e sua implicação na regulação estatal e na perspectiva social	34
1.2 A moral como objeto de estudo científico e sua possibilidade de determinação jurídica	42
1.3 A fundamentação judicial como ambiente de manifestação argumentativa da normatividade moral	51
1.3.1 <i>Os desafios da aplicação judicial das regras e dos princípios jurídicos ante a “multidefinição” da norma</i>	59
1.3.2 <i>A estruturação do conteúdo moral na principiologia-normativa e a antecipação geral de algumas repercussões na fundamentação decisória</i>	66
1.4 A proteção dogmática à liberdade e à igualdade de orientação sexual e à autodefinição de gênero e sua discussão moral: um diagnóstico jurídico-constitucional	73
1.5 A identificação da interseção moral e jurídica da matéria inserida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26	79
2 A INFLUÊNCIA DO CONTEÚDO MORAL NA POSTERGAÇÃO DA DISCUSSÃO PARLAMENTAR SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA: UMA ANÁLISE QUALITATIVA E QUANTITATIVA DA OMISSÃO LEGISLATIVA	87
2.1 A problemática para além da (in)competência do STF para decidir sobre o tema: a repercussão de crises e tensões entre os poderes	89
2.2 A judicialização de pautas legislativas como resultante de anseios e do apelo social e a potencial fragilidade do regime democrático	95
2.3 Efeitos da intersecção entre moral e Direito sobre o regime democrático e sua possibilidade de distorção ante a transferência de pautas legislativas para o ambiente	

judicial	103
2.4 A ADO nº. 26 como consequência da morosidade e da omissão parlamentar para combater atos discriminatórios e intolerantes	109
2.5 Justificativa quantitativa do apelo social à intervenção do STF no caso da ADO nº 26: números e dados da omissão legislativa	116
2.6 A pendência legislativa sobre a criminalização da homofobia e da transfobia e o efeito <i>backlash</i> a partir da atuação contramajoritária do STF	126
2.6.1 <i>A inexistência de proteção eficaz no ordenamento jurídico brasileiro antes da ADO nº. 26 ante à particularidade experimentada pela população LGBTI</i>	137
3 A PERFORMANCE DELIBERATIVA E O <i>DESIGN</i> INSTITUCIONAL DO STF QUANTO AO CONTEÚDO MORAL NA ADO Nº 26: A FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA E A INTERPRETAÇÃO PRINCIPOLÓGICA-NORMATIVA NO CASO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA	140
3.1 O STF como guardião da Constituição (e das urgências sociais) e o questionamento à legitimidade dos ministros	143
3.2 O alcance do papel deliberativo do tribunal constitucional na atividade de interpretação normativa (e associações com o julgamento da ADO nº. 26 pelo STF)	152
3.3 A colegialidade e sua (ir)real aplicabilidade pela Corte constitucional brasileira	160
3.4 A factibilidade do reconhecimento de um <i>design</i> institucional contundente para o STF no julgamento da ADO nº. 26	167
3.5 A interpretação principiológica-normativa na fundamentação decisória do STF na ADO nº. 26: os conteúdos morais em geral	174
3.5.1 <i>Os Argumentos e conteúdos morais específicos</i>	181
3.5.2 <i>O argumento moral da igualdade</i>	187
3.5.3 <i>O argumento moral da liberdade</i>	193
3.6 A inexistência de repercussão da decisão do STF (na ADO nº. 26) nos Tribunais de Justiça brasileiros: uma desconsideração pragmática das premissas principiológicas-normativas estabelecidas judicialmente	198
3.7 A diferenciação entre argumentação moral e ativismo judicial numa decisão	

judiciária (e na ADO nº. 26)	203
CONSIDERAÇÕES FINAIS	209
REFERÊNCIAS	225
ANEXOS – BANCO DE INFORMAÇÕES	243
ANEXO A	244
ANEXO B	247

INTRODUÇÃO

A estabilização e satisfação de expectativas sociais formam uma das finalidades da Ciência Jurídica, a qual se concentra em entender não apenas a construção e interpretação de um ordenamento jurídico e da norma, mas também se dedica – ou deveria se dedicar – à análise das condutas e comportamentos humanos para regulamentá-los, no sentido de ajustá-los à produção legislativa de determinado Estado. Busca-se, portanto, o controle social.

Entretanto, Direito e Sociedade nem sempre seguem o mesmo curso ou estão necessariamente alinhados, de modo que sua conexão, segundo o espaço, o tempo e à própria manifestação cultural existente podem se denotar como díspares. Por isso, é possível identificar incongruências entre a realidade social e o processo de regulação e aplicação de normas. Isso decorre do próprio desenvolvimento social que, lógica e cronologicamente, é muito mais rápido e dinâmico do que a criação normativa, em consideração às próprias formalidades e procedimentos impostos a essa atividade.

Desse modo, os fatos sociais, hábitos, costumes e as normas morais¹ surgem antes mesmo da norma jurídica, a qual busca revestir os anseios dos jurisdicionados em institutos que possam materializar direitos, deveres, faculdades, ônus e demais incumbências decorrentes de sua convivência em dada civilização.

Na verdade, a sociedade e sua manifestação cultural é quem deveria pautar a atuação legislativa engendrada por um Estado, especialmente em um regime democrático, o qual pressupõe a eleição de representantes do povo, que visam a defesa, proteção e garantia da vontade coletiva. Os instrumentos jurídicos, em tese, deveriam reformular-se e adaptar-se a cada novo contexto que se delineia, transformando os fatos sociais que surgem em situações com relevância jurídica, adequando, portanto, realidade social à elaboração de normas. Por outro lado, o Direito e suas ferramentas normativas também servem para moldar e estimular condutas, com a pretensão de realizar transformações no meio social para o alcance do bem comum.

Em um país democrático, a própria representatividade, por vezes, torna desafiador esse alinhamento entre sociedade e Direito, sendo mais comum que os atos legislativos não estejam em efetiva consonância com o que se extrai da realidade experimentada. No Brasil, o Parlamento tem a função de representar a vontade do povo, todavia, a esperada condução paralela entre sociedade e a elaboração de normas não é identificada muitas vezes, razão pela qual há alguns

¹ Estas são fabricadas por um contexto específico de convivência.

mecanismos que podem ser utilizados para provocar a atividade legiferante, para que seja suprida determinada ausência normativa. Essa circunstância também pode surgir para instrumentalizar a participação do cidadão nas decisões políticas mais importantes de um país.

Essa provocação pode ser, inclusive, dirigida ao Poder Judiciário, mais precisamente ao Supremo Tribunal Federal – STF – que se afigura como tribunal constitucional e, portanto, guardião e intérprete final da Constituição Federal brasileira. Este documento, além de político, contém densa carga jurídica, prevendo direitos fundamentais que buscam representar justamente as próprias expectativas dessa sociedade sobre a defesa e garantia de suas prerrogativas.

Nesse raciocínio, é que existem ferramentas jurídicas com a finalidade de estimular o trabalho do Legislador, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que, em suma, objetiva demonstrar uma inércia legislativa sobre determinado assunto, fazendo com que o STF defina um comando ao Parlamento para preencher certa ausência de norma ou até mesmo integre essa omissão temporariamente, enquanto não haja sua supressão pelos próprios representantes do povo. Isso ocorre em consonância com o princípio da separação de poderes e sua correção por meio do sistema de freios e contrapesos.

O tema da criminalização da homofobia e da transfobia recebeu bastante repercussão, tendo em vista os inúmeros casos de discriminação, com práticas de violência física e psicológica destinadas a essas minorias sociais², os quais foram sendo constatados e noticiados, com bastante intensidade, em todo território brasileiro³. Porém, por outro lado, apesar de o contexto fático

² As minorias são grupos marginalizados, em dado contexto de convivência social, em razão de aspectos econômicos, culturais, sociais, físicos, religiosos, bem como em razão de gênero e de orientação sexual, por exemplo. Ou seja, são pessoas que se encontram em alguma situação de desvantagem em relação a outros grupos (Chaves, 1971). Dessa forma, aqui não se refere a uma noção quantitativa de minoria, mas sim em termos conceituais e sociológicos, como é o caso das mulheres, que são vistas como parte de uma minoria social, apesar de serem parte da população em enorme número, no Brasil. No entanto, podem ser consideradas como parte de uma minoria social, tendo em vista o histórico de discriminação em decorrência de atitudes e falas machistas que sofreram e ainda sofrem ao longo das épocas.

³ Em relatório elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos, concluiu-se que “a impunidade em relação com as execuções extrajudiciais, homicídios, torturas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, e outros atos graves de violência contra as pessoas LGBTI é generalizada”, havendo países em que a “violência é inclusive exacerbada pela própria legislação, por exemplo, mediante leis que criminalizam as relações sexuais consensuais em âmbito privado entre pessoas adultas do mesmo sexo, leis contra a mendicância, leis que protegem a ‘moral pública’, e protocolos médicos sancionados pelo Estado que permitem a violência médica contra as pessoas intersexo”. Assim, tem-se um panorama histórico e cultural de violência contra essas pessoas em todo mundo, de modo que a criminalização da homofobia e transfobia pode ser considerada como urgência mundial. A sigla utilizada diz respeito à comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexuais. Sobre a nomenclatura utilizada e seu significado respectivo ainda dedicar-se-á momento específico neste introito para fins de se estabelecer as definições a serem utilizadas nesta pesquisa. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/ViolenciaPessoasLGBTI.pdf>>. Acesso em 07 de nov. 2019.

apresentar uma urgente regulação dessas condutas, até pouco tempo, não havia decisão normativa sobre essa matéria. Com isso, a introdução de uma norma jurídica com vistas a criminalizar a homofobia e a transfobia apenas foi concretizada pelo STF, por meio de uma construção interpretativa, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO⁴, que é o objeto empírico deste trabalho.

Este tipo de ação, por sua natureza, tem como fim a apreciação de uma inconstitucionalidade decorrente de uma ausência legislativa, ou seja, quando a ordem jurídica constitucional não apresenta uma resposta, ou melhor, uma regulamentação que permita o exercício pleno de algum direito fundamental, como é o caso da liberdade em termos gerais e das liberdades de orientação sexual e de identidade de gênero especificamente, para além do próprio direito à igualdade.

No caso em questão, a problemática diz respeito a uma cultura e histórico de práticas homofóbicas e transfóbicas que justificavam a categorização dessas condutas como delitos penais. Com efeito, a Corte constitucional foi provocada para integrar e/ou determinar a omissão parlamentar em questão⁵, tendo sido decidido, em suma, pela equiparação dessas condutas ao racismo, nos termos da Lei 7.716/89⁶.

⁴ Salienta-se que o Brasil foi o quadragésimo terceiro país a criminalizar as condutas de homofobia e de transfobia, enquanto, em contrapartida, nas Américas, por exemplo, os seguintes países já consideravam a homofobia, pelo menos, como delito penal, quais sejam Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Peru, Uruguai, El Salvador, Honduras, Nicarágua, Canadá e Estados Unidos da América. É o que aponta o relatório "Homofobia Patrocinada pelo Estado", elaborado pela Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais (ILGA). Disponível em: <https://ilga.org/downloads/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2019.pdf>. Acesso em 07 nov. 2019.

⁵ Sobre os efeitos de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão há, pelo menos, quatro teorias que estabelecem as possíveis soluções a serem tomadas pela Corte constitucional. A primeira se refere à teoria “não-concretista”, que estabelece que, ao Poder Judiciário, somente cabe o reconhecimento formal da inércia legislativa e a conseqüente comunicação ao órgão competente (Congresso Nacional) para a elaboração e produção da norma regulamentadora necessária ao exercício do direito constitucional inviabilizado pela ausência normativa. A segunda denomina-se como teoria “concretista geral”, que determina, ante uma ausência de norma regulamentadora, que o Poder Judiciário pode suprir diretamente a lacuna, de forma geral, ao realizar uma espécie de equiparação ou analogia com outras situações semelhantes. A terceira, teoria “concretista individual”, entende que, perante uma lacuna, o Poder Judiciário deve criar a regulamentação para o caso específico, com efeito entre as partes, não se estendendo a outros casos gerais. Por fim, tem-se a teoria “concretista intermediária”, que se condensa na união entre as teorias “não-concretista” e “concretista individual”, porque preconiza o dever do Poder Judiciário em, inicialmente, delimitar e declarar a omissão ao órgão responsável pela elaboração da norma regulamentadora, fixando-lhe prazo para suprimento da lacuna e, ao expirar referido prazo que fora assinado pelo tribunal, este ficaria autorizado a suprir a lacuna para o caso concreto, isto é, somente em relação às partes integrantes do processo (Didier Jr., 2012). No caso da ADO nº. 26, verifica-se a admissão da teoria “concretista geral”, uma vez que, além de reconhecer a omissão legislativa, o STF realizou a efetiva complementação da lacuna, ao definir uma espécie de equiparação com o crime de racismo, segundo delimitação do significado histórico e técnico dessa forma de preconceito.

⁶ Esta lei delimita os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26 – ADO nº. 26 –, que cuidou da criminalização da homofobia e da transfobia, apesar de seu processamento e julgamento, ainda não se sabe bem sobre a extensão e efeitos diretos decorrentes dessa deliberação, sendo as consequências ainda pouco mensuráveis até o presente momento. Assim, somente a passagem dos anos irá demonstrar sua efetividade real e influência no contexto social, mormente para fins de mudança em comportamentos preconceituosos em relação a pessoas de orientação diversa da heterossexualidade e de identidade de gênero não necessariamente binário.

O transcurso temporal também revelará se o próprio Congresso Nacional atuará de forma mais veemente em prol dos direitos da comunidade LGBTI, com a elaboração de normas para atingir esse objetivo, inclusive, com a concreta produção legislativa a respeito dessas condutas delitivas em comento; ou se permitirá que a deliberação do STF permaneça como ato de preenchimento dessa lacuna.

Impede-se vislumbrar eventuais resultados contrários dessa deliberação perante o público em geral, o qual poderá ser conduzido pelo chamado “*efeito backlash*”, que consiste justamente numa reação conservadora do Parlamento a algum posicionamento de vanguarda proferido pelo tribunal constitucional quanto à garantia e proteção de direitos fundamentais (Marmelstein, 2017), como uma espécie de “contra-ataque” ao que fora deliberado. Frisa-se que essa temática será retomada no capítulo segundo desta tese.

Por ora, percebe-se que a partir dessas dissonâncias entre realidade social, produção (e omissão) legislativa e atuação judicial, o que se intenta elucidar neste ponto é que temas relativos aos costumes e à moral encontram muitos entraves para sua legislatura em definitivo, especialmente por revelarem questões ideológicas, que acirram o debate em torno de sua regulamentação, vez que os cidadãos se tornam muito mais interessados em sua condução pelo Parlamento, passando a cobrar seus representantes com ênfase. Esse comportamento de parte da população exhibe-se no sentido de resguardar sua vontade.

Esse cenário é acentuado na atual “era” informacional de rápida e ágil comunicação. Por isso, temas dessa natureza, não raro, são levados à Corte Constitucional brasileira a fim de serem dirimidos (mas não apenas em sede de ADO), tendo em vista o intenso dissenso que se exhibe também entre os Parlamentares, o que pode acarretar a própria ausência de solução sobre o assunto. Por esta razão, reforça-se o que se asseverou inicialmente sobre a Constituição Federal de 1988 – CF/88 –, a saber, este diploma normativo incorpora não apenas conteúdos de caráter

político e jurídico, mas também moral e valorativo, que se expressam majoritariamente por meio de princípios normativos (algo que ainda será retomado nesta introdução).

Lembra-se que os membros do Parlamento refletem a própria sociedade que os outorgam o mandato político, motivo pelo qual essas divergências, de certa forma, representam os próprios conflitos ideológicos e morais que advêm do ambiente de convivência dos indivíduos de dado Estado. Especificamente no Brasil, que é formado por uma sociedade muito plural e dissemelhante, seria estranho se o dissenso não fosse algo de fácil visualização. Dessa forma, os representantes do povo terminam por tentar materializar as vontades daqueles grupos que lhe concederam o cargo público e até mesmo suas próprias e, em decorrência, o embate em torno de questões de sólida carga valorativa se torna uma constância.

Antes de prosseguir ainda, importa realizar esclarecimentos conceituais quanto a alguns termos que serão adotados ao longo desta pesquisa. Conforme referido na nota de rodapé nº. 3, destinou-se a sigla LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexuais) para referir-se às pessoas que convivem com a intolerância no que tange à sua orientação sexual e/ou identidade de gênero, optando-se pela utilização de tal expressão neste estudo, em consonância ao que se extrai também do relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos – documento de teor jurídico de repercussão internacional⁷.

No entanto, aclara-se que esta sigla não é a única utilizada para estes fins atualmente, pois existem ainda as seguintes: LGBT, LGBTQ, LGBTQIA+ e até LGBTTTTQQIAA, dentre outras. A primeira refere-se às lésbicas⁸, gays⁹, bissexuais¹⁰ e transexuais¹¹. À segunda, acresce-se o termo em inglês *queer*, que consiste em abranger pessoas que não se identificam com um gênero, identidade ou orientação sexual em específico. À terceira, acresce-se a letra “A” (aliado¹²) e o símbolo “+” como forma de representar e abreviar as demais letras com fins de especificar as outras “categorizações” de identidade de gênero ou orientação sexual. Já a quarta

⁷ Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/ViolenciaPessoasLGBTI.pdf>>. Acesso em 12 de nov. 2019. A mesma inteligência também se encontra no Homofobia Patrocinada pelo Estado de 2019, da Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais. Disponível em: <https://ilga.org/downloads/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2019.pdf>. Acesso em 12 de nov. 2019.

⁸ Mulheres que se sentem atraídas sexualmente ou romanticamente por outras mulheres.

⁹ Homens que se sentem atraídos sexualmente ou romanticamente por outros homens.

¹⁰ Pessoas que se sentem atraídas sexualmente ou romanticamente por pessoas de ambos os sexos.

¹¹ São indivíduos que se identificam com um sexo diverso do seu nascimento.

¹² São pessoas que se consideram parceiras da comunidade LGBTQI.

apresenta outras definições não expostas nas outras siglas, ao acrescer transgênero¹³, *2/two-Spirit*¹⁴ (dois espíritos), questionando¹⁵, *intersex*¹⁶, assexual¹⁷, aliado¹⁸ e panssexual¹⁹²⁰.

Independentemente da sigla utilizada, o que esses termos tentam condensar é exatamente a extensão da comunidade que se identifica com gêneros (masculino/feminino) ou orientação sexual de maneira diversa daquela que é reconhecida supostamente como “tradicional” ou “comum”, isto é, com a “binariedade” e com a heterossexualidade. Com efeito, pelas razões já expostas, optou-se por utilizar a sigla LGBTI, nada obstante a legitimidade das demais nomenclaturas. Reconhece-se igualmente que a sigla LGBTI é apenas uma forma de referência para a facilitação da comunicação nesta pesquisa e para conceder-lhe uniformidade, não tendo a abrangência completa para todas as pessoas que não se identificam ou não se sentem representadas por gêneros binários ou pela heterossexualidade.

Além disso, importa compreender as definições de homofobia e de transfobia empregadas ao longo do trabalho. Segundo o texto-base da Conferência Nacional de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais²¹ (Brasil, 2019, *online*), a homofobia “se concretiza na violência, seja ela física ou moral, mas sempre limitadora do exercício dos direitos de todos os cidadãos”. Ou seja, consiste numa compreensão de que a heterossexualidade seria supostamente superior e naturalmente normal em relação às demais orientações sexuais ou outras formas de se relacionar afetiva ou sexualmente.

A homofobia manifesta-se por condutas e falas discriminatórias destinadas a pessoas LGBTI ou até mesmos heterossexuais que não se “encaixam” numa postura correspondente ao que se espera de determinado gênero, naquele contexto cultural. Como dito, essa prática (homofobia) tanto pode ser externada por agressões verbais como físicas.

¹³ Pessoas que não se identificam com seu sexo biológico e estão em trânsito entre gêneros.

¹⁴ Termo usado por nativos norte-americanos para representar pessoas que acreditam ter nascido com espíritos masculino e feminino dentro delas.

¹⁵ Pessoas que ainda não encontraram seu gênero ou orientação sexual, estando no processo de questionamento, ainda incertos sobre sua identidade.

¹⁶ É uma variação de características sexuais que incluem cromossomos ou órgãos genitais que não permitem que a pessoa seja distintamente identificada como masculino ou feminino.

¹⁷ Diz respeito à falta de atração sexual, ou falta de interesse em atividades sexuais, podendo ser considerando como ausência de orientação sexual.

¹⁸ São pessoas que se consideram parceiras da comunidade LGBTQI.

¹⁹ É a atração sexual ou romântica por qualquer sexo ou identidade de gênero.

²⁰ Disponível em: <<https://ok2bme.ca/resources/kids-teens/what-does-lgbtq-mean/>>. Acesso em 27 nov. 2019.

²¹ Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/LGBT/texto_base_1_lgbt.pdf>. Acesso em 27 nov. 2019.

Por sua vez, conforme o mesmo texto citato, a aceção de transfobia se assemelha muito ao que fora delineado sobre a homofobia, porém sua prática é destinada especificamente às pessoas travestis e transexuais, em razão da intolerância e não reconhecimento de identidades de gênero distintas por uma ideologia de binarismo sexual (homem/mulher; macho/fêmea; masculino/feminino).

Em retomada, com o tema da criminalização da homofobia e da transfobia no âmbito do STF, o antagonismo em torno de sua discussão tornou-se mais intenso, haja vista que essa temática envolve profundo viés axiológico relacionado a interesses, vontades, ideias, opiniões. Enfim, revela uma pauta moral da sociedade brasileira, a qual ainda está inserida em um ambiente de muito preconceito destinado a pessoas LGBTI. Apesar da previsão dos direitos de liberdade e de igualdade na Constituição Federal de 1988 – CF/88, percebe-se certa relutância de algumas pessoas ou grupos em lidar bem com a homossexualidade e a transexualidade e, em razão disso, ou melhor, da intolerância a esse respeito, certos indivíduos podem agir de maneira homofóbica e/ou transfóbica.

Exatamente pela axiologia da matéria, é que o debate e a prática argumentativa sobre a regulação dessas condutas ocorrem à luz da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais previstos na CF/88, especialmente a nível de compreensão dos princípios normativos, os quais se exibem como aquelas espécies de normas que, usualmente, enunciam valores, permitindo uma reflexão e aprofundamento sobre conteúdos de natureza moral, que são advindos das relações sociais e de sua práxis. Com efeito, sua interpretação viabiliza uma moldagem de execução maior do que das regras em si, até pela própria estrutura dessas espécies de norma (princípios).

Nessa perspectiva, o STF termina por ser “convocado” a intervir em questões de conteúdo moral, que são inseridos na linguagem do Direito numa formatação de princípios normativos, com a finalidade de definir judicialmente certas pautas que tangenciam os costumes sociais. A problemática é que muito se discute e critica posicionamentos desse tribunal, sob o argumento de que não há uma estabilidade na interpretação dos princípios normativos, com a utilização excessiva a esse recurso, em detrimento das regras, bem como quanto à suposta ausência de segurança jurídica sobre a própria interpretação dos princípios ou até sobre o perfil dos ministros e eventuais influências políticas externas em sua apreciação judicial.

Dentre os autores que apresentam controvérsias na atuação do STF nessa temática destacam-se Humberto Ávila (2012), Virgílio Afonso da Silva (2010), Marcelo Neves (2013),

Lenio Streck (1999) e Conrado Hübner Mendes (2013), cujas obras serão examinadas nesta pesquisa. Além da avaliação doutrinária, deve-se registrar que a constatação dessa situação advém também da própria sensação e percepção de quem se ativa na prática processual, como é o caso da autora desta pesquisa.

Apesar disso, não há um estudo efetivamente empírico que se dedique a qualificar, de forma sistematizada, a postura do STF perante temas com carga valorativa e moral. Não há, igualmente, pesquisas no intuito de investigar os “caminhos” percorridos pelo STF na fundamentação judicial até a parte dispositiva, classificando ou agrupando argumentos, interpretações e conceitos empregados na construção de uma norma provinda de uma demanda judicial constitucional. Isso, com enfrentamento da aplicação de princípios normativos, para, então, apresentar um resultado com repercussão prática, tendo em vista que o STF é responsável por uniformizar a interpretação de normas constitucionais no Brasil.

De outro lado, sabe-se que a temática sobre a relação entre moral e Direito, especialmente em sede de jurisprudência, é bastante densa, além de gerar bastante ambiguidade e imprecisões, de modo que o agrupamento de decisões com essa cisão significativa se apresenta como uma tarefa com certa imprevisibilidade temporal de conclusão. Com efeito, a utilização de um caso concreto que seja abrangente por si só, que contenha um assunto profundo e complexo tem o potencial de absorver diversas problemáticas, a exemplo da criminalização da homofobia e da transfobia.

Por isso, a realização deste trabalho se confirma como relevante, uma vez que se propõe, em suma, abordar aspectos ligados ao tratamento do conteúdo moral dentro da Ciência Jurídica e, especificamente, no contexto de fundamentação judicial do Supremo Tribunal Federal, tendo por objeto pragmático a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, que tratou da criminalização da homofobia e da transfobia. Esclarece-se e adverte-se que: apesar das críticas à jurisprudência e aos posicionamentos oscilantes do STF, nesta pesquisa, não se busca analisar a atuação em geral de referido tribunal, mas sim particular, com base na ADO nº. 26, na medida em que se optou por realizar uma análise hipotético-dedutiva.

Justifica-se tal condução porque a elaboração desta tese se torna efetivamente viável dessa maneira, considerando que o conteúdo a ser analisado – de natureza moral e valorativo – somente pode ser aplicado e interpretado segundo um caso/situação em concreto, sendo essa uma

das hipóteses deste trabalho, conforme ainda restará esboçado. De igual modo, pela metodologia adotada, nos termos delineados ainda nesta introdução.

Além disso, a inquietação para execução deste estudo advém também a partir da observação da relação de interpenetração entre moral e Direito, que ainda é envolta a uma penumbra no que se refere a sua abordagem científica, considerando que a moral é geralmente tomada como conteúdo dotado de certa vagueza em termos de definição e, portanto, creditado como fluído.

A originalidade e a inovação desta pesquisa são extraíveis, já de antemão, de seu procedimento de abordagem, na medida em que será executada uma investigação sobre a interseção entre moral e Direito, com fins de se estabelecer a determinação e objetivação da moral pela linguagem científico-jurídica, no contexto brasileiro. Por isso, utilizar-se um caso específico como pando de fundo para concretizar esse propósito, não se limitando a uma pesquisa meramente teórica. Por outro lado, é claro que a base teórica não será dispensada, pois servirá de fundamento aos conceitos, institutos e premissas utilizadas nesta tese. Ressalva-se que, nesta introdução, tem-se reservado ainda momento apropriado para detalhar melhor a metodologia empregada.

Ainda quanto à originalidade e à inovação da pesquisa, pressupõe-se que os julgadores e, especificamente, o STF profere deliberações não apenas jurídicas, mas também morais. Deve-se considerar, por isso, que a moral não é aferível em abstrato, necessitando-se recorrer a uma situação prática e específica para alcançar esse intento e, na Ciência Jurídica, é no âmbito da fundamentação decisória que isso pode ser concretizado, por meio da interpretação e aplicação das normas jurídicas com conteúdo axiológico.

No mesmo raciocínio, esclarece-se que a conceituação de argumentação moral ou conteúdo moral a ser utilizada nesta tese refere-se à extração e aplicação de juízos valorativos e éticos, por meio do ofício hermenêutico, no contexto de fundamentação judicial, em que o julgador exerce seu labor argumentativo sobre normas com carga axiológica que são advindas da própria Constituição Federal, ou seja, trata-se da moral constitucionalmente reconhecida.

Assim, o conteúdo moral das normas é manifestado na medida em que os julgadores desenvolvem suas razões e constroem bases teóricas de justificação, por meio de um exercício argumentativo, para a efetivação normativa. Projetam-se juízos valorativos sobre conteúdos com densa carga axiológica. Sobretudo, no âmbito do STF, em razão da matéria constitucional está

ligada aos direitos fundamentais. Levam-se em consideração, portanto, os seguintes pressupostos: argumentos inseridos num contexto de fundamentação judicial, vez que somente em um caso concreto é possível ser efetivada a valoração, com base na interpretação das normas com conteúdo axiológico que são extraídas da Constituição Federal.

Por isso, elege-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26 como caso paradigma desta tese, vez que somente em sede de averiguação empírica é factível determinar o conteúdo moral da norma jurídica e sua extensão, para objetivá-la²². A partir dessa investigação, entende-se que poderão ser estabelecidos entendimentos empíricos e propostas dedutivas quanto à interpretação de normas de conteúdo moral no caso da criminalização da homofobia e da transfobia, em sede deste processo judicial de competência do STF. Consequentemente, vislumbra-se uma contribuição para a teoria geral do Direito no que se refere à incorporação da moral como tema de importância regulatória, todavia, com base em elementos pragmáticos e casuísticos. Nesse sentido, é que este trabalho se apresenta como tese acadêmica.

Deve-se considerar igualmente que, apesar da natureza de precedente judicial²³ desta decisão colegiada proferida na ADO nº. 26, esta é identificada como ação constitucional com efeitos *erga omnes* e abrangentes a todo o ordenamento jurídico brasileiro e a suas esferas de atuação da Administração Pública, bem como para a sociedade. Percebe-se, portanto, que a ação eleita não se trata de um “simples” julgado, mas de um precedente (peculiar e específico) que tem a pretensão de delinear uma interpretação geral, abstrata e vinculativa a toda estrutura normativa do Direito brasileiro.

Nesse sentido é que se compreende que a ADO nº. 26, apesar de ser uma ação, não se trata de “qualquer” demanda, vez que sua relevância é emblemática e paradigmática para a história do Direito nacional. Além disso, um precedente constitucional tem a capacidade e a autorização de construir posicionamentos em tese e não apenas designados a um caso concreto, sendo ferramenta de hermenêutica constitucional, podendo ter sua interpretação estendida e utilizada como uma espécie de parâmetro.

²² Ressalta-se que existem outros motivos para a escolha de referida ação constitucional que ainda serão discorridos nesta introdução).

²³ Enquanto precedente judicial se refere a uma decisão judicial específica e isolada, a jurisprudência diz respeito a um conjunto de decisões judiciais racionalizadas segundo entendimento semelhante, num mesmo sentido (Lopes Filho, 2012).

Destaca-se, ainda, que esse caso aborda uma situação cultural inerente à sociedade brasileira, realizando-se uma investigação recente e peculiar de uma mudança de padrões jurídicos e morais, tendo em vista que se avalia essa relação entre moral e Ciência Jurídica sob o ponto de vista estritamente nacional.

A ADO nº. 26 apresenta como essencial em seu bojo o debate sobre a interpretação e aplicação dos princípios da igualdade e da liberdade, que são alicerces de um Estado Democrático de Direito e, por isso, tais normas axiológicas têm o potencial de revestir uma moral jurídico-constitucional sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro, tornando-se parâmetros de compreensão de outros princípios e, portanto, normas com conteúdo moral. Assim, em consideração também à pluralidade e à diversidade da sociedade nacional, que urge um tratamento peculiar quanto ao exercício de suas liberdades e de sua igualdade.

A natureza dessa ação (ADO nº 26) e os temas que lhe são correlatos revelam sua faculdade de se inserir como fontes de estudos e de desenvolvimento de técnicas no Direito brasileiro, possibilitando uma aprendizagem profunda sobre a moral jurídica e sua conexão com diversas áreas da Ciência Jurídica. Dessa forma, reforça-se a adequação da metodologia hipotético-dedutiva, mormente ao considerar as particularidades evidenciadas desse caso concreto.

É característica direta da construção da prática argumentativa judicial o surgimento de jurisprudência. No entanto, esta não é factível sem antes ser realizada a elaboração de precedentes consistentes. No caso da ADO nº. 26, o julgamento nela produzido é um precedente singular, considerando que condensa aspectos ligados à moral constitucional, mas também do Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Processual Constitucional, Direitos fundamentais, entre outros. Enfim, é tema de teoria geral do Direito de certa forma, já que incide sobre muitas searas jurídicas. Além disso, seu julgamento representa a própria interpretação da norma em tese/abstrato e, portanto, incidente sobre todos.

Nesta pesquisa, portanto, tem-se como parâmetro um precedente judicial (particular) para, conforme o desenvolvimento da investigação, traçar conclusões gerais acerca de tópicos análogos. Ressalva-se, porém, que o citado precedente tem natureza constitucionalmente aplicada “para todos”, ou seja, apesar de ser um julgado, deve ser observado por todos os Poderes instituídos e pelos cidadãos. Com isso, essa extração de resultados e propostas gerais tem justificativa no próprio atributo o qual reveste tal demanda.

Tem-se, portanto, uma ação constitucional, em que se avalia a aplicação da norma jurídica em tese e, conseqüentemente, fixada de maneira geral, razão pela qual pode ser utilizada como paradigma de estudo. Como se não bastasse, o caso discutido na ADO nº. 26 engloba uma singularidade brasileira, a qual deve ser refletida nessa mesma ótica regional, com a introdução de teorias e técnicas jurídicas à realidade do Brasil. Visualizar-se-á, pois, o entendimento sobre uma moral constitucional do ponto de vista brasileiro, vez que, ante uma cultura reconhecidamente patriarcal e vivenciada sob os padrões heterossexuais, a ADO nº. 26 redireciona uma proteção específica à população LGBTI.

É preciso compreender essa tensa e intensa relação entre Direito e moral não apenas no campo teórico, mas também em sede de uma situação concreta, com exploração de argumentos, segundo determinado contexto, assunto específico e realidade social, pois somente uma investigação pragmática poderá conceder respostas concretas e palpáveis a essa problemática, sendo a nível de fundamentação judicial construída no âmbito do STF que esta pesquisa se propõe a ser executada, com atenção à ADO nº. 26.

Com efeito, a hipótese em que se pousa este trabalho é de que todo julgamento ou deliberação judicial envolve, em certa medida, uma avaliação moral/valorativa, principalmente quando se consideram normas-princípios. Por sua vez, no Direito, o conteúdo moral se manifesta essencialmente em normas-princípios fundamentais²⁴. Assim, a moral pode ser objeto de estudo científico jurídico, sendo revestida por certa normatividade e dogmática.

Ainda como hipótese, ao se considerar que o STF realiza juízos morais, tendo em vista a própria natureza das normas que aplica e interpreta, é possível que referido tribunal tenha uma avaliação moral que seja casuística e subjetiva, sendo refletida pelos votos dos ministros. Talvez, tal tribunal não proclame, necessariamente, uma fundamentação colegiada em termos técnicos, de modo que a deliberação tão somente se exhibe como uma contabilização de posicionamentos jurídico-morais dos julgadores e não como integração de um raciocínio normativo sobre determinado tema proferido pela Corte.

É concebível igualmente que a apreciação do STF não tenha suporte em um entendimento consolidado pelo colegiado, ou seja, sem padrões ou perfis seguros de fundamentação nos moldes do que deveria realizar um tribunal constitucional. Este tribunal pode

²⁴ Não se descarta a possibilidade de existir regras de caráter valorativo, mas é a nível de princípios que as críticas se assentam mais e conferem ampla margem de interpretação.

aplicar ou realizar interpretações individuais dos ministros de diversas teorias sobre princípios normativos sem qualquer critério objetivo ou seguro de definição para a Corte, havendo uma forte sensação de que o STF apresenta posições/decisões como se estivesse estruturado em onze órgãos diferentes, cada um deles correspondente a um dos ministros, não se encaixando na concepção teorizada de um tribunal constitucional.

Nesta pesquisa, é verificado que essas especulações podem ser aferidas em níveis concretos, mormente quando se avalia o posicionamento da Corte em relação aos princípios-base da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito (igualdade e liberdade). É na fundamentação decisória que estão as delimitações de preceitos morais, sendo as deliberações colegiadas “palco” para significativas práticas argumentativas sobre o tema. Com efeito, optou-se pela elaboração desta pesquisa no campo de análise de decisões e votos proferidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, especialmente no acórdão que concretizou a norma judicial que regulamentou tais condutas como delitos penais, sobretudo, ante à natureza de ação de controle de constitucionalidade de referido instrumento processual.

Em suma, condensam-se como hipóteses a serem testadas as seguintes premissas: a Constituição Federal de 1988 não é apenas jurídica e política, mas também moral; existe uma moral jurídica; a moral não tem determinação abstrata, sendo na situação concreta que ela é determinada e objetivada; na Ciência Jurídica, essa operação é feita na prática argumentativa, nos moldes da fundamentação decisória e o STF, como intérprete final da Constituição, realiza julgamentos com conteúdo moral que são expressados na fundamentação de suas deliberações.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26 é o *background* da pesquisa e dessa verificação. A forma de determinação do conteúdo moral extraível de seu julgamento pode ser, de maneira hipotético-dedutiva, aplicada em outros casos com firme carga axiológica, para estabelecer a extensão e profundidade com que esses argumentos são avaliados pelo STF. Justifica-se essa possibilidade em atenção aos ditames dos princípios da igualdade e da liberdade do ordenamento jurídico brasileiro, que repercutem sobre todas as normas.

Com esta investigação, objetiva-se, em geral, entender de que maneira a moral pode se inserir e ser tratada no âmbito da Ciência Jurídica, principalmente em sede de fundamentação judicial do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26. Para, então, extrair resultados práticos da valoração jurídico-normativa realizada pelo

tribunal, no que tange ao conteúdo moral avaliado, notadamente aquele manifestado nos moldes de princípio-norma.

Especificamente, objetiva-se: discorrer sobre as premissas teóricas envolvidas à relação entre Direito e moral, analisando-as criticamente; elucidar a problemática da integração entre axiologia e deontologia em sede de aplicação e interpretação normativa, a partir do reconhecimento da cisão da norma jurídica em espécies (regras e princípios) e apresentar as dificuldades na relação entre Poder Legislativo e Judiciário na abordagem da criminalização da homofobia e da transfobia e a repercussão direta disso no regime democrático.

Busca-se ainda especificamente: demonstrar o contexto da omissão parlamentar até o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, apresentando dados e informações quanto aos projetos de lei e normas em geral quanto ao assunto, a fim de expor que a natureza moral do tema tem direta correlação com a inércia legislativa; além de entender, segundo um viés empírico, o posicionamento do STF sobre questões morais/valorativas abstratas e sua provável repercussão teórica.

Propõe-se esses objetivos com sua execução a partir dos resultados práticos a serem obtidos, mediante o estabelecimento de parâmetros e critérios argumentativos, com a avaliação das decisões e votos proferidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26. Além disso, levantar-se-á uma discussão sobre as eventuais mudanças paradigmáticas quanto ao tema, contribuindo diretamente com a teoria geral do Direito a partir de aspectos teóricos e práticos.

Esta pesquisa busca satisfazer o seguinte questionamento: de que forma a moral pode ser objetivada pela linguagem da Ciência Jurídica e como o Supremo Tribunal Federal exerce seu papel de intérprete das normas constitucionais com conteúdo moral no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, que criminalizou a homofobia e a transfobia? E de que forma, ainda, esse julgamento pode ser instituído como emblemático para a compreensão sobre a relação entre moral e Direito pelo STF?

Para tanto, divide-se o presente trabalho em três capítulos. No primeiro, enfrenta-se a problemática da determinação da moral pelo Direito e sua expressão científica nos moldes de princípios-norma, com análise de aspectos gerais coligados ao assunto e, particularmente, no caso da criminalização da homofobia e da transfobia. Tal capítulo perpassará pelo exame da repercussão desse tema sobre a perspectiva social e a regulamentação. Além disso, far-se-á uma

averiguação da fundamentação judicial como ambiente apropriado para a prática argumentativa em torno da moral normativamente empregada na ordem jurídica brasileira, com a observação das dificuldades na interpretação e aplicação das normas-princípios, tendo em vista a polissemia de sua definição. Em seguida, culmina-se no estudo sobre a proteção dogmática quanto à liberdade e à igualdade de orientação sexual e de identidade de gênero, com base na interseção moral e jurídico-constitucional do tema.

No segundo, são tratados os influxos da natureza moral do conteúdo inserto no caso da criminalização da homofobia e da transfobia como “justificativa” para a protelação parlamentar quanto à definição normativa sobre a matéria. Apresenta-se em tal momento uma investigação qualitativa e quantitativa quanto à omissão legislativa, que busca demonstrar os números e dados desta. Nessa esteira, aprofundar-se-á sobre a necessidade de intervenção do STF no caso, bem como quanto à judicialização de pautas legislativas em razão do “apelo” e anseio social, além de eventuais efeitos disso (positivos ou negativos) no que toca ao regime democrático.

Por fim, no capítulo terceiro, é explorada a performance deliberativa e o *design* institucional do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, com atenção à interpretação concedida ao conteúdo moral envolto ao caso, inserido nos princípios-normas, mediante a utilização do Método de Análise de Decisões – MAD, o qual ainda será explanado neste introito. Para tanto, a pesquisa se dedicará, inicialmente no terceiro capítulo, a uma discussão teórica sobre a condição do STF como guardião da Constituição Federal ante às urgências sociais, seu papel deliberativo, o caráter colegiado da fundamentação de suas decisões e sua atividade como intérprete das normas com conteúdo moral. Por conseguinte, a investigação volta-se à própria Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, com a exposição, agrupamento e classificação de argumentos, de forma comparativa e quantitativa do que foi abordado em referida ação, com vistas a extrair resultados e repercussões tanto teóricas quanto pragmáticas na hermenêutica dos pontos incutidos na ADO nº. 26.

Para, então, executar os propósitos desta pesquisa e apresentar respostas minimamente adequadas à problemática exposta, realiza-se a investigação pelos seguintes métodos: descritivo-dialético, empírico-dedutivo e análise de decisões, considerando, portanto, a faceta teórico-prática deste estudo.

Quanto ao desenvolvimento da pesquisa teórica, implementa-se o método descritivo-dialético, que possibilitará estabelecer os pressupostos básicos da temática esboçada, a partir da

revisão de literatura e exame crítico dos conceitos e teorias dinamicamente avaliadas. Assim, realiza-se um levantamento bibliográfico de obras, dentre livros e artigos de periódicos, tanto de autores nacionais como internacionais. Além disso, são consideradas pesquisas empíricas já realizadas alusivas ao tema, com enfoque na perspectiva social sobre a criminalização da homofobia e da transfobia, a fim de compreender o contexto no qual esse assunto está circunscrito, bem como sobre a realidade de violência contra a população LGBTI.

Em prosseguimento, consoante a evolução e consolidação da pesquisa teórica, utilizam-se os métodos empírico-dedutivo e de análise de decisões para viabilizar um estudo aprofundado sobre as decisões e votos proferidos pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, permitindo-se a obtenção de resultados e conclusões gerais a partir de uma situação individualmente averiguada. Importa esclarecer, pois, alguns pontos no tocante à utilização do Método de Análise de Decisões - MAD.

O emprego do MAD se dá pela necessidade de se estabelecer parâmetros objetivos ao presente trabalho, com base em um protocolo de pesquisa para que seja factível o alcance de resultados apreciáveis, observáveis e até comparáveis, com aptidão para ser reproduzido, de acordo com a admissão dos mesmos critérios utilizados neste trabalho. Isso permitirá um nível maior de precisão e controle sobre o objeto de estudo. Por esse método, são organizadas as informações relacionadas às decisões e votos proferidos na ADO nº. 26, considerando o contexto fático em tela, para então apurar a coerência dos atos decisórios dos ministros do STF em atenção a esse mesmo contexto, com a explicação e compreensão dos significantes e significados aplicados nas decisões e votos advindos da ADO nº. 26, bem como sobre os argumentos e construções intelectuais desenvolvidas pelos julgadores.

Assim, esse método é proveitoso para delimitar a exploração teórica sobre o assunto, permitindo a identificação dos elementos intelectivos que sustentam a narrativa dos conteúdos envoltos ao caso da criminalização da homofobia e da transfobia. Sobretudo, quanto às convergências e divergências, conceitos, princípios e institutos jurídicos relacionados. Nesse sentido, é que se justifica o recorte objetivo delineado nos capítulos sinteticamente elucidados, que exibem a questão-problema e as principais discussões sobre o objeto de estudo deste trabalho.

A eleição pelo estudo sobre a criminalização da homofobia e da transfobia em sede de ADO nº. 26 no âmbito do STF justifica-se pela natureza da ação (ação de controle de

constitucionalidade por omissão), bem como pelo conteúdo explorado, o qual diz respeito ao debate sobre princípios normativos relacionados aos direitos de liberdade e de igualdade, que têm reverberação significativa no engajamento e convivência social e de seus costumes. Verifica-se, portanto, densa carga moral.

Os princípios da liberdade e da igualdade representam os alicerces do próprio Estado Democrático de Direito, de modo que sua interpretação e aplicação pragmática têm efeitos diretos em diversos outros princípios normativos. Por essa razão, seu estudo poderá ser utilizado como parâmetro de análise para outros princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, já que estes decorrem diretamente dos próprios princípios de liberdade e de igualdade, os quais podem ser instituídos como referências para extrair resultados práticos aferíveis, ao final desta pesquisa.

Esclarece-se que o Mandado de Injunção nº 4.733²⁵ fora, igualmente, manejado para obter a criminalização das condutas de homofobia e de transfobia, tendo julgamento procedente. Contudo, a despeito de referida ação também tratar de tais temas, optou-se apenas pela análise específica da ADO n.º 26, considerando sua natureza de ação de controle concentrado de constitucionalidade, bem como pelo corte epistemológico, temático e factual realizado nesta tese, para também evitar uma maior dispersão na condução da pesquisa.

Logicamente, o órgão não poderia deixar de ser o STF, em virtude de sua responsabilização e competência pelo julgamento de referida ação, bem como quanto à sua qualidade de uniformizador da jurisprudência constitucional e possibilidade de intervir na atuação do Poder Legislativo para o preenchimento de lacuna normativa, por meio de tal instrumento processual. Com isso, demonstra-se a pertinência temática e a relevância decisória da ADO nº. 26, com base no recorte institucional realizado.

O desenvolvimento da pesquisa e os resultados da aplicação do MAD serão explicitados por meio de uma espécie de “banco de dados/informações” elaborado a partir do estudo da ADO nº. 26 e de seus pressupostos teóricos. Este documento (anexo a esta pesquisa) fora elaborado mediante organização, agrupamento, sistematização, quantificação e classificação de argumentos, conceitos, institutos e princípios-normas empregados pelos julgadores, com a realização de uma

²⁵ Cabe, no entanto, mencionar que, recentemente, em 21 de agosto de 2023, o STF reconheceu que atos ofensivos praticados contra pessoas da comunidade LGBTI podem ser enquadrados como injúria racial. A decisão foi tomada no bojo do referido Mandado de Injunção nº 4.733, no julgamento de embargos de declaração, que fora apresentado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT).

reflexão crítica e comparativa do que fora demonstrado. Dessa forma, será possível apurar de que forma os ministros construíram seus respectivos posicionamentos acerca da matéria, com destaque para os argumentos sobre juízos morais, apresentados segundo a interpretação dos princípios normativos. Com isso, busca-se facilitar a visualização do entendimento do tribunal e o percurso da fundamentação para a decisão definitiva na ADO nº. 26. São definidas, ainda, palavras ou “expressões-chave” para simplificar a composição desse banco de informações, algo que será descrito com mais vagar no capítulo terceiro da tese.

Em suma, elabora-se um estudo pormenorizado do conteúdo e de argumentos morais levantados em sede de fundamentação na ADO nº. 26, com base na faceta axiológica da norma jurídica, especialmente dos princípios, com fins de se confirmar as hipóteses ou não deste trabalho. Não se descarta a possibilidade de se realizar outras “descobertas” e eventuais propostas para apresentar uma efetiva resposta ao jurisdicionado sobre o perfil do STF no caso em análise, com outros eventuais efeitos práticos.

Destaca-se que, no penúltimo item do capítulo terceiro, será sucedida ainda uma outra pesquisa empírica para verificar de que forma os Tribunais de Justiça brasileiros vêm aplicando os pressupostos estabelecidos no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, desde a divulgação de seu acórdão (em 06 de outubro de 2020) até a finalização desta tese. A metodologia e o detalhamento desta tarefa são expostos devidamente em item próprio (3.6). O objetivo fundamental dessa verificação é: entender de que forma os Tribunais de Justiça vêm ocupando-se da temática em tela; se, de fato, a criminalização da homofobia e da transfobia está sendo reconhecida na prática; se há obediência e convergência de seus posicionamentos com a decisão do Supremo Tribunal Federal e, se o conteúdo moral a ser identificado na pesquisa tem alguma relevância ou concretização para os órgãos jurisdicionais de segunda instância. Ao final, é explicitada a diferença entre a utilização de argumentos morais numa decisão judicial e o ativismo judiciário.

Ainda, para verificar-se o ineditismo e originalidade desta pesquisa, nos termos explicitados, realizou-se consultas a diversas plataformas, a exemplo do catálogo de Teses da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES (Acesso pelo endereço eletrônico: <<http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>>). Em referido *site*, buscou-se por trabalhos acadêmicos, notadamente teses, pelas seguintes expressões-chaves: “conteúdo moral e decisões do STF”; “direito, moral e fundamentação judicial”, “principiologia e

fundamentação das decisões”, “STF e criminalização da homofobia e transfobia”, as quais guardam semelhança com a temática deste projeto.

Entretanto, não foi identificada qualquer pesquisa que tratasse do assunto aqui pretendido, tampouco utilizando-se da metodologia e abordagem expostas. De fato, há vários estudos sobre fundamentação judicial, princípios jurídicos, axiologia jurídica, discricionariedade judicial, jurisdição constitucional e criminalização da homofobia e da transfobia, isto é, temas correlatos. Com efeito, percebe-se que o enfoque desta pesquisa é diverso, vez que intenta explorar a temática da relação entre Direito e moral (em termos científicos), no contexto da fundamentação judicial do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, aferindo conclusões, a partir de um exame crítico-pragmático.

Os estudos anteriores que podem se aproximar deste projeto têm caráter mais pontual e teórico, não havendo uma estruturação e/ou sistematização sobre o tema, como intentar-se-á fazer nesta pesquisa. Por isso, a proposta de resgatar a discussão entre Direito e moral, com um olhar científico e crítico, demonstra-se inovadora, especialmente ante sua análise por uma faceta empírica. Além de conter uma finalidade de apurar, eventualmente, uma ressignificação pragmática do que se imaginava em teoria sobre referido objeto de estudo. Com a discussão exposta em sede de uma avaliação decisória, esse objetivo desponta-se de maneira mais intensa, uma vez que não se limitará a um exercício meramente especulativo, incluindo-se também uma exploração prático-argumentativa e propositiva.

Da mesma forma e com as mesmas expressões-chaves, buscou-se por teses na plataforma do “Google acadêmico” (Acesso pelo endereço eletrônico:<<https://scholar.google.com.br/>>), obtendo-se resultado igual ao acima explanado, ou seja, definitivamente, a presente pesquisa enquadra-se no conceito técnico de uma tese.

1 A DETERMINAÇÃO DA MORAL PELO DIREITO MEDIANTE SUA EXTERIORIZAÇÃO PRINCIPOLÓGICA-NORMATIVA NO CASO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA

Neste capítulo inaugural, far-se-á uma análise teórica sobre a relação entre moral e Direito que é debatida na esfera jurídico-argumentativa há muito tempo, podendo-se apontar que esse tema enseja bastante divergência e “disputa” intelectual. Isso, desde a contraposição entre *jusnaturalismo* e *juspositivismo* e, posteriormente, a partir do reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos. O desenvolvimento desta pesquisa adveio justamente de uma inquietação sobre o tratamento científico-jurídico no que diz respeito ao conteúdo moral na fundamentação judicial e, mais especificamente, de como o STF interpreta e aplica normas jurídicas com relevante conteúdo axiológico. Por isso, percebeu-se importante fazer um resgate discursivo sobre o enlace da perspectiva da moral com a Ciência do Direito.

Para tanto, importa estabelecer os pressupostos de fundo desta pesquisa, com base nesse entroncamento entre moral e Direito, bem como averiguar eventuais reflexos na atuação legislativa e judicial do Estado. Para, então, elucidar os parâmetros e paradigmas de estudo que sustentam essa associação e, igualmente, quais são os pontos de maior dificuldade de assim manter-se. Dessa forma, culmina-se na razão de se considerar que a moral pode ser objeto de estudo científico, a partir de sua determinação pela linguagem do Direito, isto é, de como o Direito interpreta e incorpora, em sua sistemática, normas de caráter moral.

De logo, admite-se que os princípios jurídicos têm o potencial de externar a faceta moral na estrutura normativa que os condensa. Já a fundamentação judicial se revela como cenário adequado de investigação quanto ao conteúdo moral, vez que, em seu desdobramento, depare-se com uma manifestação argumentativa aprofundada quanto aos aspectos axiológicos da norma que tocam diretamente uma espécie de moral antecedente ao próprio discurso jurídico. Por esse motivo, o estudo da própria interpretação e aplicação normativa em âmbito judicial é essencial para o desafio de entender a norma e seus “multiperfis” de conceituação.

O conteúdo moral, assim, pode ser visualizado com veemência a partir dos significantes e significados extraídos dos princípios jurídicos, os quais repercutem diretamente na construção da fundamentação decisória, que é conjugada mediante o ato de interpretação normativa.

Com base nessa enunciação inicial, neste capítulo será investigado sobre a compreensão da liberdade e da igualdade de orientação sexual e de identidade de gênero e seus lugares na

ordem jurídica estatal, em cotejo com o aspecto moral advindo do debate sobre tal temática, bem como de seu tratamento constitucional. Por fim, de modo mais específico, tratar-se-á sobre a matéria inserida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, quanto à criminalização da homofobia e da transfobia, no sentido de averiguar o cruzamento direto da moral e do Direito, no contexto em que a ação fora proposta, processada e julgada.

1.1 O entroncamento entre moral e Direito e sua implicação na regulação estatal e na perspectiva social

A abrangência e concepção da moral pode estar inserida em um ambiente de indefinição, ao considerar que seu conteúdo é bastante vago e, ao mesmo tempo, múltiplo. Compreende-se que esse fenômeno é fruto das diversas compreensões e estudos sobre a moralidade humana em muitos campos de atuação científica, tais como Sociologia, Filosofia, Psicologia, dentre outros. Consequentemente, a perspectiva moral sobre determinado assunto, além de depender de sua própria inteligência analítico-conceitual, igualmente está relacionada com o posicionamento social sobre ela. Isto é, de como se manifesta determinada cultura, comunidade e/ou sociedade, que desenvolve e constrói conjuntamente seu conhecimento sobre hábitos e costumes, os quais se tornam paradigmáticos para uma espécie de moral social, que se arraiga no âmago de convivência entre os pares.

Por sua vez, o Direito, como um saber especificamente científico, encontra-se delineado pelas características e elementos que concebem uma Ciência, nada obstante as críticas que ainda possam existir sobre essa condição²⁶. O Direito também é qualificado como conhecimento autônomo, uma vez que apresenta objeto de estudo, gramática, definições próprias, técnica, método de investigação, possibilidade de falibilidade (Popper, 2010), com questionamentos e críticas sobre suas construções teóricas e pragmáticas.

Todavia, moral e Direito têm claros pontos de contato, sobretudo quando se avalia a relação direta entre desenvolvimento cultural e normatização, uma vez que é a partir da sociedade que emergem às condutas e sua conseqüente e possível necessidade de regulação. Há uma precedência entre fatos e a norma, sendo esta, geralmente, um produto advindo das urgências

²⁶ É possível, ainda, verificar a ocorrência de críticas e questionamentos sobre a qualificação do Direito como Ciência, no entanto, é salutar que a Ciência Jurídica pertence à área das ciências humanas, razão pela qual seu objeto e método são obviamente diversos das ciências exatas, o que não retira sua cientificidade, demonstrando-se que seu grau de certeza e assertividade não interferem em sua proposição cognitiva (Chalmers, 1993).

mediatas e imediatas das interações humanas. Com o advento da civilização e da outorga ao Estado da tutela jurisdicional, este é a principal fonte de produção normativa de uma ordem social e jurídica²⁷ (Ehrlich, 1986).

A moral é concebida no ambiente de convívio humano, tendo como uma de suas principais características a aceitação social e consciência interna/externa de observância (Gerlero, 2016). Infere-se, assim, que a moral pode ser uma espécie de primeira manifestação de produto de norma, haja vista que um costume moralmente instituído tem aptidão de se transformar em um comportamento institucionalizado, com base na indispensabilidade de ordenação de determinadas situações, isso também para fins de controle estatal.

Lembra-se, porém, que os fatos que aparecem em meio social podem ter ou não repercussão jurídica (Ehrlich, 1986), uma vez que o Direito deve estar atento às transformações sociais. Essa ciência tem a finalidade de extrair os eventos que têm relevância para sua linguagem e tratamento, para entendê-los e, se necessário, normatizá-lo ou, pelo menos, interpretá-los, segundo a sua lógica científica.

O Direito tem por objetivo o controle e a regulação de condutas para exatamente prevenir ou suprimir conflitos, devendo-se salientar que esse conhecimento científico não vive sozinho e não pode ter uma perspectiva meramente legalista. Conforme refletido, as normas são construídas com base naquilo que advêm da própria sociedade, que reclama por soluções (Novaes, 2005), não podendo se restringir (a Ciência Jurídica) a uma forma de saber puramente normativa, despreocupada e/ou desconectada da realidade. Por isso, uma revisitação ao estudo da relação e intersecção entre moral e Direito se mostra eficiente, mormente numa perspectiva analítico-pragmática, com a utilização do Método de Análise Decisões. Busca-se identificar o conteúdo moral no ambiente de prestação da tutela jurisdicional.

Cabe diferenciar ainda as concepções de moral positiva e moral crítica. A primeira diz respeito à reunião de valores, concepções e princípios adotados por dada sociedade em determinada época temporal, independentemente de uma visão progressista, a exemplo da escravidão. Já a segunda refere-se a uma moral que reflete sobre a moral positiva e busca, de certa forma, combatê-la na hipótese de representar supressões ou violações de prerrogativas. Ou

²⁷ Deve-se, no entanto, ressaltar que se concebe a existência de um Direito “paralelo”, isto é, aquele que não é necessariamente produzido pelo Estado, tendo origem também dentro de comunidades e outras culturas que elaboram, ainda que informalmente, padrões de conduta com coercitividade dentro de um cenário específico (Santos, 2009).

seja, a moral crítica não se limita a “aceitar” os preceitos sociais, ainda que amplamente adotados (Sarmiento, 2020).

Com isso, percebe-se que a moralidade crítica tem o condão de estabelecer uma racionalização acerca de costumes e hábitos mesmo que apresente conclusões contrárias a estes, refutando-os. A moral crítica tem a propensão de ser mais objetiva, na medida em que avalia comportamentos e concepções desprendida de sua ambiência. Não se sustenta uma análise da moral apartada da realidade, no entanto, a consideração dessas duas perspectivas é essencial para que haja um incremento e evolução da aceção de moral, segundo uma avaliação histórica e progressista, especialmente para a proteção de direitos humanos. Por isso, reiteram-se a utilidade e a necessidade desta investigação, vez que reacenderá a discussão sobre a conexão entre moral e Direito, mas numa visão pragmática e moderna.

Por sua vez, a norma jurídica é identificada como objeto de estudo do Direito. Já este se aprofunda sobre questões que são ligadas diretamente a fatos, comportamentos, ações e omissões do indivíduo, os quais geralmente delineiam e orientam a produção normativa do Estado. Da mesma forma, a Ciência jurídica dedica-se a uma análise linguística e conceitual da extensão normativa e sua aplicação no mundo prático.

O Direito desenvolve-se também a partir do elemento da coerção, ou seja, a força faz parte dos critérios distintivos da Ciência Jurídica, não sendo o único, pois (Schauer, 2015). Considera-se, assim, que o “agir conforme os ditames normativos”, igualmente, incorpora-se à linguagem jurídica, de modo que ilícito e lícito fazem parte desse sistema (Kelsen, 2000b). Assim, conduzir-se de acordo com os preceitos normativos e valorativos extraídos do padrão jurídico instituído alinha-se ao objeto de estudo da Ciência Jurídica.

Por isso, a partir da figura do “indivíduo moral”, Schauer (2015) entende que uma pessoa pode agir por razões diversas, tanto em respeito aos seus próprios princípios morais, autonomamente à norma, como também em respeito à esta. Ao contrário, Hart (2012) defende que existe o “homem intrigado” e o “homem mau”, em que o primeiro obedece ao Direito por princípio e o segundo apenas o respeita em razão das sanções eventualmente culminadas. Estas visões indicam um desacordo sobre a moral ter a potencialidade de influenciar intensamente o Direito, vez que Hart defende que somente este teria a força necessária de instituir comportamentos adequados e corretos, enquanto a moral não.

No entanto, nesta pesquisa, entende-se que uma conduta que é moralmente aceita e observada no meio social pode surgir exatamente de uma situação fática inicial e, posteriormente, tornar-se norma jurídica, a qual se configura como uma convenção ou fato institucionalizado (Searle, 2010). A título de exemplo, cita-se a transformação de entendimento e regulamentação sobre o casamento no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente sobre o divórcio, o qual, até 1977, não era permitido, passando a ser uma realidade institucional com a promulgação da Lei nº. 6.515/1977.

Ocorre que, à época, ainda havia uma forte relutância quanto à introdução do divórcio como forma de dissolução da sociedade conjugal no Direito brasileiro, isso embasado essencialmente numa construção moral advinda de pensamentos e dogmas religiosos²⁸ que sempre tiveram e ainda têm bastante influência sobre os cidadãos deste país. Contudo, mesmo diante de posicionamentos contrários, a modificação de compreensão sobre o assunto, a nível normativo inclusive, tornou-se inevitável diante da modernização dos relacionamentos e da vida privada. Sobretudo, porque o Estado não poderia se pautar por um ditame exclusivamente religioso que tinha a potencialidade de infringir uma liberdade individual, tendo em vista ainda seu caráter laico.

Nesse cenário, nota-se, mais uma vez, o entroncamento entre moral e Direito, bem como sua dinâmica de criação e interpretação conjunta, haja vista que o elemento humano é primordial para essa análise, atuando tanto como participante, como observador das diversas implicações entre esses dois campos. A realidade social, portanto, vivencia diariamente essa dualidade e interação entre “normas” morais e normas jurídicas.

É possível afirmar que noções e aspectos de conteúdo axiológico são inculcados à norma jurídica, tendo em vista que o ser humano, por ser muito mais do que um ser social (Durkheim, 1999), carrega consigo, experiencia e enfrenta questões morais hodiernamente (HARRIS, 2013). Nessa perspectiva, a moral invariavelmente encontra lugar na própria dogmática jurídica (Alexy, 2012), uma vez que um estudo normativo não exclui, necessariamente, a análise de juízos morais (Machado, 2008). Explica-se.

A ligação entre Direito e moral é uma discussão antiga e latente no campo jurídico-normativo, particularmente no que tange à introdução de questões morais à aplicação e

²⁸ Registra-se que essa espécie de moral religiosa intenta, até hoje, permear, as decisões políticas e jurídicas do Estado brasileiro, não sendo diferente com o tema da criminalização da homofobia e transfobia, consoante ainda será debatido neste trabalho.

interpretação de normas jurídicas. A exemplo disso, Norberto Bobbio (2001) dedicou-se à sistematização formal do estudo da norma jurídica, com a realização de comparativos à normal moral, no intuito de distanciá-las²⁹. Por sua vez, Hans Kelsen (2000b), que desenvolveu teoria a qual o próprio Bobbio filiou-se em parte³⁰, concedeu maior cientificidade ao Direito, ao construir a ideia de total segregação entre Direito e conteúdo de caráter axiológico. Este autor apresentou o ordenamento jurídico com uma perspectiva meramente descritiva, mediante a admissão de uma norma hipotética fundamental com a incumbência de adjudicar validade às normas jurídicas, independentemente de seu teor.

Percebe-se, entretanto, que ambos os autores ora citados traçaram um entendimento estritamente formalista do estudo da norma jurídica, buscando, em seus estudos, desatrelar e desfazer a relação entre Direito e moral, isso ao contrário do que ora se defende nesta pesquisa. No entanto, a evolução da Ciência Jurídica culminou exatamente na aceitação de que a moral também pode ser objeto da própria norma jurídica, na medida que, inclusive, alguns padrões normativos – antes tão somente de caráter moral – podem passar a ser revestidas de caráter jurídico (Bustamante, 2010), consoante sua instituição no ordenamento. Há uma distinção entre perspectiva moral e descritiva para fins de se possibilitar a proteção e oposição de prerrogativas (Sunstein, Holmes, 2000).

Para além da ordem jurídica, o legislador, para cumprir sua função, invariavelmente termina por realizar uma ponderação moral e valorativa da conjuntura de eventos que se sucedem, avaliando também o comportamento humano e a realidade social. Tem a finalidade, portanto, de entender o que o corpo de cidadãos reclama, quais seus interesses, necessidades, preceitos e valores que devem ser preservados para fortalecer o bem comum, consoante o progresso da ordem social.

Em certa medida, quando a Constituição Federal de 1988 prevê a proteção da vida, da liberdade, da honra etc., como direitos fundamentais, é porque anteriormente essas prerrogativas assim são definidas em razão de uma averiguação ou até “sensação” prefacial de que estes

²⁹ Em seu livro “A teoria da norma jurídica” (2001), Bobbio disserta, em síntese, sobre a caracterização da norma jurídica, diferenciando-a da norma moral, especialmente quanto à ausência nesta de uma sanção institucionalizada e coercitiva, bem como à imperatividade das disposições daquela.

³⁰ Na verdade, Bobbio, na obra “Teoria do ordenamento jurídico” (1995) concorda com o entendimento exposto por Kelsen na obra “Teoria pura do direito” (2000), mas apresenta algumas contribuições ao defender a existência de sanções premiaias, bem como explorar a estrutura lógica e harmoniosa concedida pela completude do ordenamento jurídico.

direitos são importantes para uma melhor convivência. Deve-se considerar que essas prerrogativas já estão enraizadas naquele povo independentemente de instituição normativa, vez que são garantias já consagradas axiologicamente.

Essa discussão pode remontar à clássica “contraposição” entre Direito Natural e Direito Positivo que, na verdade, não se exibem como opostos, mas sim complementares. Para tanto, considera-se que a positivação concede previsibilidade e segurança para o exercício de direitos elementares e inerentes aos anseios dos seres humanos. Estes são a autêntica fonte do *jusnaturalismo*, haja vista que sua elaboração advém da própria experiência e razão emergidas das interações sociais (Ferraz Jr., 2014).

A natureza humana, portanto, nessa perspectiva, tem a função de estabelecer as condições indispensáveis para que o homem se edifique e propicie sua existência em consonância com suas potencialidades (Ferraz Jr., 2014). Essa é uma noção bastante intuitiva que aparece antes mesmo da compreensão de normatização dos comportamentos, vez que intrínseca à proteção individual e coletiva de interesses. Contudo, não se deve olvidar de que o Direito é uno e indivisível e, por isso, defende-se a complementariedade entre tais pontos de vista.

Por outro lado, o Direito Positivo³¹ reconhece, valida e declara formalmente o desenvolvimento das relações humanas ao estipular permissivos e proibitivos na norma e no raciocínio que a ela se atrela. Da mesma forma, introduz fatos como objeto de investigação científica para conceder segurança à sua teorização e exercício, na tentativa de afastar eventuais lacunas, ao estruturar um sistema unitário de regulação vigente na organização estatal (Ferraz Jr., 2014). Com isso, consagram-se normas, que consecutivamente se desdobraram em regras e princípios, além de outros padrões que veem se institucionalizando na ordem jurídica e social (Dworkin, 2001).

A partir da concepção de que a norma jurídica seria um conceito geral (gênero) do qual se extraem espécies, isto é, regras, princípios e *policies*, buscou-se imprimir fortemente um

³¹ Deve-se ressaltar que tanto o *jusnaturalismo* como o *juspositivismo* ramificam-se em subcorrentes, de modo que, por exemplo, existe o Positivismo Inclusivo e o Exclusivo, em que, no primeiro, considera-se a moral compatível com o Direito e, no segundo, em que a moral não é reconhecida como fonte do Direito (Raz, 1990). Claramente, nessa tese, aproxima-se mais de perspectivas ligadas à admissão da interferência mútua entre moral e Direito, ou seja, do Positivismo Inclusivo. No entanto, todos esses entendimentos contribuíram, de certa forma, para a evolução das teorias jurídicas correlatas até o surgimento do Pós-positivismo, bem como quanto à sua coexistência com as demais. Esclarece-se que, nesta pesquisa, porém, não se intenciona explorar esses diversos raciocínios, mas tão somente àqueles diretamente imprescindíveis às ideias basilares para a edificação desta tese, consoante objetivos e hipóteses levantadas.

conteúdo de natureza moral ao Direito (Dworkin, 2007). Sobretudo, no que se refere à introdução de princípios normativos, os quais representam e são diretamente responsáveis pelo entroncamento entre Direito e moral. Classicamente, os princípios têm a função de expressar e disciplinar relevante conteúdo valorativo, considerando sua definição e estrutura linguístico-semântica em sua edificação normativa. Por essa razão, é nessa espécie de norma que geralmente juízos morais são inseridos para serem revestidos de repercussão jurídica, segundo o processo legislativo.

A cisão da norma em regras e princípios tornou-se relevante como objeto de estudo, principalmente no período pós Segunda Guerra Mundial, sendo essa questão utilizada como um dos argumentos que fortaleceram o Pós-positivismo em contrariedade ao Positivismo Jurídico Exclusivo (Marmelstein, 2008). Justifica-se isso porque, como é bastante cediço e reproduzido, muitas das atrocidades e crueldades cometidas naquele momento histórico foram justificadas com base numa aplicação legal irrestrita, considerando a possibilidade de se legitimar juridicamente qualquer vontade política, em razão do caráter formal das normas, valendo-se o regime totalitário de premissas positivistas³².

O debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin (Pinho; Valente, 2016) é marcante para o “confronto” teórico entre o Positivismo e Pós-positivismo Jurídico, em especial no que tange à concepção de espécies de normas jurídicas. De um lado, Hart disserta que o Direito comporta tão somente normas-regras, as quais seriam primárias e secundárias, cuja validade é encontrada numa regra de reconhecimento advinda de autoridade (Hart, 2001).

Por sua vez, Dworkin defende a existência de, pelo menos, três expressões de normas jurídicas (regras, princípios e *policies*), as quais contribuem para uma melhor interpretação da prática social, a partir de um “reencontro” entre Direito e moral (Dworkin, 2010b)³³, mediante o

³² Ressalte-se, no entanto, que o Positivismo jurídico não deve ser tomado como uma espécie de “vilão” da situação exposta, vez que, como assinalado, algumas de suas premissas teóricas foram utilizadas para justificar condutas desumanas, ou seja, o formalismo jurídico foi levado ao extremo para fins cruéis. Nesse sentido, a pureza do Direito referida por Kelsen estaria (2000) ligada à sua pureza científica, mas não necessariamente ao pensamento ingênuo de que o Direito não sofre influências quanto às questões morais (Bobbio, 2007).

³³ Ao passo que Hart concebe que, quando a existência de apenas tipos de regras específicas no ordenamento jurídico não for suficiente à resolução de dado caso concreto, permite-se que o julgador aplique o ordenamento jurídico segundo sua discricionariamente (2001); por outro lado, Dworkin entende que a teoria de Hart estimula o cometimento de arbitrariedades no momento da interpretação e aplicação da norma jurídica (Dworkin, 2007), por não estabelecer ou admitir a existência da repercussão de questões morais no Direito.

resgate de algumas premissas do jusnaturalismo³⁴. A partir dessa ponte de entendimentos, os princípios passaram a carregar a “normatividade” como adjetivação, sendo tomados com maior respeito e seriedade dentro do campo de estudo da Ciência Jurídica, tornando-se objeto de análise de diversos outros autores em definitivo³⁵.

O estudo dos princípios normativos, no entanto, não é tarefa de fácil implementação, tampouco é sua executividade nos casos concretos, tendo em vista que a aplicação dessa espécie normativa não se aperfeiçoa simplesmente por mera subsunção. Na verdade, a interpretação dos princípios pode permitir diversas soluções e apreensões de significados, justamente ao se avaliar seus fundamentos e a carga de conteúdos axiológicos que carregam. Desse modo, seu nível de responsividade não prescinde diretamente da própria averiguação das peculiaridades da situação em apreço.

Nesse raciocínio, sob um viés pragmático, a análise tão somente “em tese”, ou seja, em abstrato de um ou mais princípios se torna bastante temerária e dificultosa, porque somente o caso concretamente avaliado propiciará as condições reais de aplicação dos significantes e significados de determinado princípio normativo. Tem-se a necessidade de realização de juízos valorativos sobre o fato em si para, conseqüentemente, estabelecer-se um resultado adequado.

Por isso, justifica-se que a interpretação dos princípios normativos detém maior relevância teórica e prática quando estudada e empregada em sede de fundamentação das decisões judiciais, isto é, quando é possível verificar a reflexão e a motivação sobre a aplicação efetiva de determinado princípio, em uma específica situação. A partir disso, é factível a extração de uma razão para se elaborar uma decisão, estabelecendo-se algum tipo de parâmetro³⁶.

³⁴ Antes de prosseguir, não se deve olvidar outro autor que ofereceu significativa contribuição para a divisão da norma jurídica em espécies e, conseqüentemente, para o enlace entre Direito e moral, qual seja Robert Alexy, o qual, em sua obra “Teoria dos direitos fundamentais” (Alexy, 2012) disserta sobre a qualidade e identificação dos princípios dentro do que conceitua como direitos fundamentais, ressaltando seu conteúdo axiológico. Cumpre mencionar, em suma, que, dentre as principais diferenças entre as teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy destaca-se a estruturação da concepção de regras e princípios, de modo que Alexy entende que, não apenas há um distanciamento quanto ao grau de generalidade, mas também de grau qualitativo entre essas duas espécies de normas, expressando-se os princípios como mandamentos de otimização e as regras como mandamentos definitivos (Silva, 2010).

³⁵ Pode-se citar, principalmente, os seguintes autores brasileiros que tratam desse assunto: Humberto Ávila (2012), Virgílio Afonso da Silva (2010) e Marcelo Neves (2013).

³⁶ Esclarece-se que não se adota uma análise estritamente segundo os preceitos do Realismo jurídico (Dimoulis, 2006), isto é, este estudo não se conduz sob o prisma de que somente a prática judicial oferece respostas aos problemas sociais, porém, é necessário estabelecer as possibilidades de executividade desta pesquisa, vez que se tematiza sobre um objeto que é apreciável não apenas por descrição, mas também mediante uma investigação material e tangível, no ambiente de exercício argumentativo.

Essa questão quanto à divisão da norma jurídica em espécies é cara à presente pesquisa em virtude de expor uma problemática quanto à sua aplicação no âmbito da fundamentação das decisões judiciais. Isso, diante do provável uso abusivo, exacerbado e, em algumas situações, desnecessário dos princípios na resolução das demandas jurídicas (Neves, 2013). Constata-se a potencialidade de pôr “em xeque” ou, até mesmo, descreditar a vinculação entre Direito e moral, vez que se pode franquear aos jurisdicionados bastante insegurança quanto à forma de compreensão e aplicação das normas jurídicas, mormente dos princípios.

As normas-princípio apresentam densa carga valorativa e terminam por influenciar mais diretamente costumes, hábitos, interesses e a vida em geral das pessoas. Com isso, torna-se imprescindível que os alicerces de entendimento sobre esse tema estejam bem sedimentados e explícitos, sobretudo, na fundamentação das decisões judiciais, que têm o potencial de transformar as relações subjetivas e, de outra banda, qualificam-se os julgadores como espécies de produtores de normas para problemas reais.

Essa reflexão é advinda exatamente da eventual sensação de flexibilidade de entendimentos judiciais sobre assuntos que exibem algum tipo de conteúdo moral, os quais são normatizados por meio de princípios jurídicos, razão pela qual essa intersecção entre Direito e moral merece ser melhor investigada segundo critérios não apenas teóricos, mas também em ambiente de prática argumentativa e decisória, como se pretende neste trabalho.

1.2 A moral como objeto de estudo científico e sua possibilidade de determinação jurídica

É preciso que haja uma espécie de avaliação geral e ampla sobre quais padrões de convivência são adotados como toleráveis em determinado ambiente para que um comportamento ou uma conduta sejam considerados bons ou ruins dentro de uma sociedade. Essa situação não necessariamente é alcançada sob a perspectiva de uma maioria quantitativa somente, ou seja, com base naquilo que o maior número de pessoas pensa e deseja individualmente. Na verdade, sucede-se a estruturação de um sentimento de aceitabilidade interno e externo aos conviventes sobre ações e reações que sejam imprescindíveis para uma sobrevivência comum, a partir da experiência e câmbios intersubjetivos de interesses e insuficiências (Castro, 2012).

Dessa forma, origina-se uma coerção interna e subjetiva para a observância de determinados preceitos, independentemente de previsão legal e formal. Essa seria a perspectiva moral para compreender a agrupação de pessoas e seu desígnio de manter/preservar alguns

paradigmas mínimos de coexistência que são estabelecidos de maneira natural e subtendida. Tem-se, assim, o objetivo de não se violar valores consagrados como essenciais.

Segundo a filosofia de Spinoza, traça-se um paralelo entre alma e corpo para explicar a relação e a expressão do ser humano por meio de comportamentos definidos pelos termos “bom” e “mau”, de modo que não há uma prevalência entre ação e consciência, mas, na verdade, um complemento entre elas. Nisso, as condutas e o pensamento formam uma espécie de unidade, pela qual o indivíduo reflexe sua forma de agir e as propaga no âmbito externo (Deleuze, 2002). Resulta-se, pois, na própria potencialização das modificações operadas pelas pessoas no meio social, havendo um sentido subjetivo na compreensão da moral, vez que aquilo que é “bom” seria encontrado no proceder de quem se esforça e busca esse sentido de agir, enquanto o “mau” seria imputado a quem sofre os efeitos da sua falta de determinação e inércia em relação a seu agir. Assim, haveria certa indeterminação nessa subjetividade atribuída à moral.

Por sua vez, Kant (2013) apresenta a ideia do chamado imperativo categórico, em que o bom agir se fundamentaria na própria razão do sujeito, ou seja, na racionalização da moral como inerente ao comportamento humano, na medida em que a bondade estaria na consciência (vontade interna) e não dependeria de circunstâncias alheias ao agir do ser humano. Nessa perspectiva, portanto, não há condicionantes para que a razão determine a moral, a qual teria validade em quaisquer situações, seja qual fosse o resultado. Do mesmo modo, extrai-se grande margem de subjetividade conferida à moral em referida análise.

Já Nietzsche critica a própria história da moral ao se opor à tradicional concepção do que seria “bom”. Para ele, essa categorização culmina no erro de dualidade entre o “bom” e o “mau” como correspondentes à antítese de classes (nobres e plebeus), de modo que, ao realizar uma análise morfológica das expressões, Nietzsche conclui que os termos acabam tendo cunho e intenções sociais e políticas inicialmente. Em seguida, constata que os termos mudaram de significado conforme a percepção psicológica dos indivíduos nas circunstâncias em que se deparam com uma conduta “má” em relação a si, extraíndo-se a efetiva utilidade do significado da expressão (Nietzsche, 1998).

A moral é objeto da Ética filosófica, como visto, tendo várias óticas de estudo. Com o Direito atrelado à moral, todavia, busca-se revisitar essa associação e estabelecer a aptidão da Ciência Jurídica em objetivar preceitos morais por meio de sua linguagem e, nesta pesquisa,

intenta-se redimensionar esse considerável traço de subjetividade destinado aos juízos morais, com fornecimento das ferramentas técnico-jurídicas.

O Direito assume o papel regulatório dentro de um Estado, definindo as condutas que se esperam e as que não se relevam adequadas naquela sociedade, por meio de seus representantes (quando em um regime democrático), a partir da elaboração de normas jurídicas. Busca-se moldar a melhor maneira de interação entre os indivíduos, segundo as peculiaridades daquele contexto social, para que estes consigam viver em harmonia. Objetiva-se também a garantia de que haverá respeito e obediência ao mínimo exigível para a prática de direitos positivados como fundamentais. Com efeito, aqueles valores que estavam em um plano de abstração e experiência humana – em hábitos e costumes – passam para uma concreta institucionalização e organização, concedendo-se mais segurança e previsibilidade a essas prerrogativas.

Nesse contraste entre moral e Direito, extrai-se que é pela norma jurídica que os valores mais sensíveis de cada coletividade são proclamados. Especificamente, no ordenamento jurídico brasileiro, isso ocorre pelas disposições de direitos fundamentais, os quais são materializados, sobretudo, em regras e princípios. É factível concluir que é pelo estudo da norma jurídica que se pode investigar o próprio conteúdo moral inserido nas práticas sociais, tendo em vista que ela (a norma jurídica) depende daquilo que se observa do comportamento social, do qual advêm os padrões de convivência. Por sua vez, o Direito tem como objeto de estudo a norma jurídica e esta, para ser assim idealizada, permeia a análise dessas condutas. Nesse raciocínio, a moral pode ser determinável cientificamente pelo Direito que, em última razão, também detém um viés de análise valorativo, decorrente dessa reflexão comportamental. Por isso, a dissociação dessas duas perspectivas (moral e jurídica) não seria viável (Harris, 2013)³⁷.

Deve-se considerar que a moral é composta essencialmente pela experiência humana em um cenário e época específicos e, portanto, a mera mudança de um desses elementos, seja localidade, pessoas ou a cultura, para fins de investigação, provoca uma alteração completa e direta na perspectiva de estudo. Em decorrência, deve-se reformular igualmente os termos, limites e critérios de conceituação, identificação e verificação da moral existente, razão pela qual

³⁷ Vale ressaltar que essa determinação científica da moral pelo Direito é concebível segundo os métodos, critérios e dogmática próprios da Ciência Jurídica, de modo que essa determinação não tem pretensões universais, vez que a moral pode ser investigada pela ótica de diversas Ciências, a exemplo da Sociologia, Filosofia, Psicologia, dentre outras. Entretanto, em todas elas, de alguma forma, o objeto de estudo final ainda é o ser humano e suas interações.

a moral não permite um juízo de fácil apuração, lidando o Direito também com esse desafio em seu desenvolvimento.

A moral não assume forma de razões universais e, por outro lado, os direitos fundamentais de um Estado, apesar de não serem absolutos no ordenamento, intentam refletir os valores mais importantes de seus concidadãos. Por essa razão, essa variação na definição e entendimento sobre a moral é pertinente à própria diversidade de ordens jurídicas, visto que a moral se constrói em paralelo à transformação cultural.

No campo do Direito Internacional Público, por exemplo, com a institucionalização e evolução científica dos Direitos Humanos, busca-se uma espécie de globalização convergente de algumas das preocupações basilares das pessoas. Todavia, ainda é comum se deparar com muita resistência a essa finalidade, visto que os Estados têm como preceitos incondicionais a soberania e a autodeterminação dos povos³⁸, algo que dificulta uma extensa abertura para a viabilização de observância de normas comuns aos Estados. Franqueia-se ao Direito Internacional Público um tipo de coação mais branda, na medida em que a resolução de conflitos mundiais se revela, por vezes, ineficiente (Lapuente, 1996)³⁹.

Em Kant (2003), encontra-se um entendimento sobre a elaboração de um Estado cosmopolita universal no sentido de que os entes estatais possam se configurar por uma ordem mundial comum, da qual emane as principais diretrizes para a regulação de suas relações. No entanto, depara-se com clara dificuldades instaladas pela própria soberania e pela, ainda, fragmentação da normatização internacional, hodiernamente, inclusive.

Sem embargo, Flávia Piovesan, em plano internacional, analisa a relativização da concepção de soberania e a resignificação do conceito de cidadania a partir da introdução de meios de proteção aos Direitos Humanos na ordem jurídica interna. A autora aponta ainda o processo de democratização como agente cardeal no que tange à efetividade de direitos fundamentais (âmbito interno) e sobre as dificuldades enfrentadas pelo Brasil quanto à real

³⁸ Esses preceitos além de ampararem a essência de muitos Estados terminam por também exibirem-se como valores de dada sociedade.

³⁹ Ressalva-se, porém, que o Direito Internacional Público vem experimentando diversas inovações e sofisticções em seu desdobramento teórico e prático, na medida em que os líderes mundiais vêm percebendo a necessidade de se atentar para problemas de vasta repercussão, senão por uma questão altruística, mas especialmente pela própria sobrevivência das nações, sendo ainda mais comum a realização de encontros e reuniões internacionais, acordos bilaterais e multilaterais entre países, tratados, convenções, *etc.*, além do notório fortalecimento da Organização das Nações Unidas – ONU.

adoção de medidas que forneçam inteira vigência aos direitos humanos (âmbito externo) (Piovesan, 2009).

Nítida é a crítica de referida autora quanto ao processo ainda falho e inacabado de democratizar-se o Brasil, seja para a incorporação de direitos humanos, seja em outros campos de atuação estatal. Da passagem do Estado Liberal ao Social e para o, então, Estado Democrático de Direito, o Brasil, sob uma análise histórica, sequer conseguiu implementar – materialmente – direitos de alcance coletivo que preenchessem as ausências no corpo social no que tange à saúde, à educação, ao trabalho *etc.* (Bonavides, 2013). A intercessão estatal ainda é bastante precária nesse tocante, tal como se contempla na contemporaneidade nas mídias de notícia de todo país e nos relatos pessoais de inúmeros cidadãos.

Em prosseguimento, quanto a essa volúvel acepção de moral, tem-se como exemplo o quadro dispare de direitos reconhecidos às mulheres em alguns países. No Brasil, nada obstante a incompleta eliminação do machismo e formas de diminuição da mulher, esta pode trabalhar, tem liberdade garantida para escolher com quem irá casar-se ou relacionar-se de qualquer modo, pode dirigir, votar, estudar e viajar. Enfim, em tese, as mulheres brasileiras devem ter os mesmos direitos assegurados aos homens, considerando ainda a previsão de tratamento igualitário entre todos os cidadãos no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Situação diversa é encontrada na Arábia Saudita, na qual as mulheres devem obter permissão de seu familiar masculino mais próximo para estudar, seja no próprio país ou no exterior, também devem ter autorização de seu tutor para se casar e, apenas em agosto de 2019, elas passaram a ter direito a obter passaporte sem acordo prévio do tutor masculino. Além disso, em junho de 2018, foram autorizadas a dirigir pela primeira vez na história do país (AGENCE FRANCE-PRESSE, 2019, *online*).

Isso é somente uma breve amostra de que as normas jurídicas geralmente absorvem a cultura e a moral de cada sociedade, segundo a sua própria evolução e tradição, ainda que em outro lugar essa mesma situação não seja refletida ou abonada. Em cada Estado, há um Direito e uma moral própria, que podem dialogar e, muitas vezes, confrontar-se. Por isso, faz parte do trabalho do jurista e do legislador (funcionalmente) introduzir em sua atividade a análise crítica dos fatos e condutas sociais a fim de elaborar soluções jurídicas viáveis (Castro, 2012).

Entretanto, afirma-se que existem “verdades objetivas” sobre o contentamento e o prazer humano, a exemplo da gentileza e do respeito mútuo, de modo que se entende – e esta é a posição

adotada nesta pesquisa – que a Ciência deve progredir no sentido de ser apta a identificar quais comportamentos e ações são moralmente aceitas e quais não o são (Harris, 2013). Segundo essa análise, a Ciência Jurídica teria de caminhar também com esse objetivo, dentro de seu campo de atuação. Contudo, ao passo que as várias Ciências e o próprio Direito não alcançam essa finalidade rigorosamente, permanece-se intentando, mediante a criação de regulamentos que podem proteger certas condutas e afastarem outra. Com isso, direitos fundamentais são reconhecidos.

Dessa feita, a forma que o “certo” e o “errado” são percebidos dentro de uma sociedade⁴⁰ é, em última análise, aquilo que a Ciência Jurídica busca regular e instituir em normas cogentes, na medida em que os fatos sociais são valorados e, eventualmente, normatizados, consoante sua repercussão jurídica⁴¹. O Direito tem o potencial de conceder seu “revestimento” formal e objetivo a determinadas normas que, antes, eram apenas moralmente observadas. A moral pode ser vista como um conjunto de preceitos construídos a partir da cultura, costume ou tradição de um povo (Reale, 2003), que rege seu comportamento, modo de viver e interagir, ou seja, estabelece regras mínimas de ação/pensamento/condução das situações.

Nada obstante, na filosofia, entende-se que o ser humano não seria capaz de instituir ou de desejar critérios objetivos quanto à justiça e aos valores, ou seja, não teria meios de buscar satisfazê-los e concretizá-los no mundo empírico (Spinoza, 2009), ao transformar um ideário numa substância. Contudo, adverte-se que essa não é a premissa desta pesquisa, uma vez que sua finalidade é estabelecer a possibilidade de determinação da moral pela Ciência, nesse caso, do Direito.

Em contraponto, a influência mútua entre moral e Direito poderia ser rebatida segundo a perspectiva de Hans Kelsen (2000b), ao se traçar a interpretação de que referido autor teria realizado uma segregação total entre essas duas acepções. No entanto, este autor designa que a pureza de sua teoria se refere à metodologia a ser empregada pelos profissionais do Direito, de modo que, na verdade, ele concebe que valores morais teriam a factibilidade de impactar decisões judiciais. Entretanto, o intérprete jurídico deve se limitar aos conceitos morais efetivamente positivados, afastando-se da subjetividade.

⁴⁰ O que seria o “certo” ou o “errado” a se fazer preenche questionamentos humanos desde os tempos mais remotos de sua sociedade, havendo diversas teorias, críticas e filosofias que discutem esse problema (Sandel, 2012).

⁴¹ Segundo Miguel Reale (2003), o Direito se expressaria como fato, valor e norma, algo que se denomina de sua teoria tridimensional do Direito.

E é exatamente assim que se compreende a relação entre moral e Direito, já que este detém técnicas, mecanismos e linguagem científica própria para determinar a moral. Desse modo, a adequação dos conceitos de homofobia e de transfobia como equiparados ao crime de racismo representa um exemplo da aplicação da própria “moldura” interpretativa do Direito de Kelsen (conforme decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, que ainda será analisada), na medida em que, ante os significados possíveis, em suma, a Corte constitucional entendeu que a condição da população LGBTI como minoria social lhe submete a uma discriminação por racismo, já que a concepção de raça não se limita à de cor e etnia.

Há que se reiterar, assim, a grande dificuldade de tratamento das questões morais no campo científico. Em primeiro lugar, a própria concepção de moral em si enfrenta enormes desafios em razão de sua alegada indeterminação e vagueza⁴², apurando-se uma problemática de abordagem técnica, em razão de suas várias conotações e definições (Harris, 2013). No entanto, o conceito de moral não deve ser tomado como totalmente fluído, ou seja, sem um conteúdo seguro. Em verdade, seria muito cômodo estabelecer que a moral carrega uma acepção completamente aberta e deixar essa discussão numa posição marginal, inexistindo enfrentamento científico sobre o tema. Entende-se que eventual caráter aberto do conteúdo da moral ou de sua imprecisão não retira a possibilidade de se estudá-la cientificamente, sendo este um pressuposto desta tese.

Sam Harris em seu livro “A paisagem moral: como a ciência pode determinar valores humanos” (Harris, 2013) dedica-se justamente a apresentar argumentos para afastar a possibilidade de que uma concepção aberta da moral possa inviabilizar seu tratamento científico. O autor sustenta que o “certo” e “errado” podem ser julgados cientificamente, não sendo tomados apenas como uma questão de mera opinião ou de ideologia (Harris, 2013).

Harris (2013) defende que a moral está no plano da consciência, ou seja, que as questões morais dizem respeito aquilo que se manifesta externamente ao cérebro humano e não

⁴² A vagueza é estudada no campo filosófico e consiste justamente no fenômeno que avalia a compreensão e significância dos termos e expressões a fim de se estabelecer os limites para a utilização mais precisa de uma proposição. Em decorrência, uma palavra ou frase perfeitamente precisas não comportam vagueza, no entanto, isso é muito difícil na linguagem, tendo em vista as vicissitudes de interpretação e subjetividades que lhes são inerentes, por isso, quanto maior o teor valorativo determinada palavra contiver, maior será a nebulosidade em seu significado, como é o caso da moral (Branquinho et. al., 2005).

internamente (somente no plano inconsistente e, por isso, intangível)⁴³. Desta feita, as questões morais seriam conhecíveis pelo homem e, portanto, passíveis de estudo e análise (Harris, 2013). Em suma, o que Harris intenta demonstrar é que seria factível estabelecer julgamentos e definições sobre a moral concebida e existente na sociedade mundial, ao entender que a Ciência é apta a traçar determinadas orientações, ainda que não seja de forma idêntica ao que ocorre nas ciências exatas (Harris, 2013). A evolução moral e social, portanto, estaria inserida nas próprias ações (faladas ou implementadas).

Dessa forma, ao se admitir tais pressupostos, costumes culturais poderiam ser discutidos e dogmas religiosos questionados também, como exemplo. Se, então, a Ciência pode determinar valores morais de uma sociedade, que outra Ciência que não o próprio Direito intenta fazer isso a todo tempo? Na verdade, o Direito mantém essa atividade intrínseca em sua atividade de normatizar condutas e situações, demonstrando-se que a Ciência, de fato, tem capacidade de realizar avaliações e constatações sobre o conteúdo moral⁴⁴.

O que se observa, na verdade, é que não é possível desvincular a Ciência da moral e, assim, o Direito da moral, filiando-se ao entendimento de Sam Harris (2013), vez ser temerário considerar que questões morais não possuem respostas certas. É evidente que não é factível estabelecer uma “tabela” de comportamentos que sejam morais/imorais, vez que essas avaliações possuem natural indeterminação conceitual, no entanto, afere-se que, a partir da análise da situação em concreto, bem como do exercício argumentativo, possibilita-se a valoração de fatos e condutas em nível científico e epistemológico, mormente na esfera jurídica.

Como visto, muito daquilo que é normatizado é advindo da experiência humana, ou seja, daquilo que é extraído da realidade e revestido como instituições e regulamentos jurídicos. Esse fenômeno é concebível por meio das relações e interações, que moldam comportamentos e estes podem ser observados e, portanto, estudados, descritos e prescritos, como pretende o Direito na composição de uma ordem jurídica. Assim, em tese, desprende-se o que seria mais relevante e elementar das situações concretas para se transmudar em atos legais que possam, para além de solucionar conflitos, administrar a vida social como um todo.

⁴³ Afasta-se, portanto, a possibilidade de um exame daquilo que se encontra de maneira subtendida no pensamento do indivíduo, interessando somente aquilo que é externado por ele (Mlodinow, 2013), isto é, questões ligadas ao inconsciente do indivíduo (Damásio, 2012).

⁴⁴ Registra-se que esse debate é ainda mais antigo, considerando os estudos desenvolvidos sobre o Direito Natural (Magalhães Filho, 2001).

Manifestado nos preceitos de direitos fundamentais, sobretudo nos princípios jurídicos, o conteúdo moral assume o papel de proteger e garantir os valores mais substanciais da sociedade brasileira. Esta, por sua vez, deposita no Supremo Tribunal Federal a função de ser o último julgador incumbido da interpretação e aplicação das normas constitucionais, as quais embasam todas as outras normas do ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988 – CF/88 – diz respeito a um diploma normativo com temática ampla, tratando desde a organização estatal até sobre questões de caráter axiológico. Nesse raciocínio, o STF se ativa como seu derradeiro intérprete que concentra poderes para providenciar uma deliberação sobre as normas constitucionais, que são produtos da linguagem e, por decorrência, podem ser objeto de integração em sua compreensão com o fito de se eliminar ou minimizar sua vagueza.

Por decorrência, juridicamente, o STF tem a atribuição de determinar o conteúdo moral das normas jurídicas, em ambiente deliberativo e argumentativo, no âmbito de sua competência constitucional. Por isso, importa investigar e revisitar essa relação entre moral e Direito não apenas no campo discursivo e teórico, mas em sede pragmática⁴⁵, segundo o método de análise de decisões, como se busca neste estudo.

A CF/88, portanto, é o suporte normativo que deve orientar as deliberações dos ministros do STF, de modo que a estrutura de conceitos e direitos deve ser aplicada e interpretada sob a perspectiva constitucional. Nesta, encontram-se inseridos os princípios não só moralmente aceitos, mas rigorosamente instituídos em atos normativos, de forma que influências externas e subjetivas dos julgadores não podem se sobrepor como razões em suas deliberações⁴⁶, independentemente de sua posição pessoal e visão de mundo. Nas ponderações de Gilbert Ryle (2009), as condutas ocultas das pessoas não podem ser identificadas pelos demais, mas apenas seus atos e declarações que são externadas, podendo-se aplicar o mesmo raciocínio para a fundamentação decisória.

⁴⁵ Lembra-se ainda que as normas jurídicas não precisam estar necessariamente previstas/escritas para serem consideradas como tal, vez que a norma não é sinônimo de texto normativo (Ávila, 2012), sendo este apenas um enunciado formal e aquela o sentido que se pode extrair do texto ou por meio de associações linguísticas, por isso, a cognição judicial é essencial para a delimitação dos significados e efeitos das normas, segundo as peculiaridades da situação em concreto.

⁴⁶ Por isso, convém ressaltar que a cientificidade do Direito não deve implicar em afastá-lo de todas as outras ciências ou repercussões de caráter valorativo, mas, na verdade, o Direito Positivo deve estar preparado para conhecê-las e, conseqüentemente, introduzi-las em seu ambiente de análise, transformando-as para sua linguagem jurídica e, assim, saber lidar com vicissitudes decorrentes da execução das normas.

As deliberações devem ser pautadas pela CF/88 e, claro, nos elementos do processo, no entanto, sabe-se que é inevitável que as preconcepções dos julgadores e sua experiência acumulada (Gadamer, 1997), de alguma forma, interfiram em suas decisões. Com efeito, destaca-se o dever-direito da fundamentação das decisões, pois, é a partir desta (fundamentação), que se pode ter conhecimento do raciocínio jurídico empregado para se alcançar determinado resultado e, igualmente, viabilizar eventual reprodução, quando for o caso.

1.3 A fundamentação judicial como ambiente de manifestação argumentativa da normatividade moral

As normas não são elaboradas tão somente por atos legislativos. Na verdade, o Poder Judiciário utiliza-se das desses institutos para produzir soluções legais/constitucionais destinadas a problemas reais, consoante sua atividade tipicamente jurisdicional. Essas situações são advindas das relações intersubjetivas, que podem ter repercussão para um cenário mais restrito de aplicação ou com impacto mais amplo e geral.

Para Hermann Heller (1968), a normatividade de uma Constituição é advinda não apenas de questões estritamente jurídicas, mas também do costume, da religião e da própria moral social. Dessa forma, o Estado seria formado por um poder político e igualmente moral, o qual é construído a partir da cooperação humana. Os indivíduos fundamentam e articulam o poder estatal que tem, em seu núcleo, a própria realidade social. Por isso, indiretamente, o Poder Judiciário, como forma de expressão do Estado, ao interpretar a norma jurídica, lida com aspectos originados da moralidade e dos valores de uma sociedade.

Considerando a posição do STF como defensor da Constituição, este tribunal atua justamente no sentido de não apenas concretizar as normas constitucionais, mas também uniformizar seu entendimento. Concede ainda interpretação definitiva sobre os valores mais sensíveis consagrados no ordenamento jurídico pelo Estado e, com isso, pode construir normas advindas da atividade judicial, com a potencialidade de terem observância geral.

As decisões judiciais representam a criação específica de um resultado com força de lei, tendo como base os atos normativos de determinado Estado, que são adaptados à realidade que é apreciada. É, portanto, no ambiente de discussão e de conjecturas argumentativas que se moldam as decisões judiciais, porém, tão importante quanto à resolução propriamente dita de referido esforço cognitivo, revelam-se as razões pelas quais determinada decisão fora prolatada.

A fundamentação decisória⁴⁷ delimita o objeto do litígio e a análise precisa das circunstâncias e particularidades envoltas ao caso concreto, bem como expõe o “caminho” percorrido até a disposição final do julgador. A decisão ou ato de decidir não equivale necessariamente aos seus fundamentos, mas diz respeito à própria resposta decorrente de um procedimento racional. Este é desenvolvido de acordo com regras e princípios vigentes, além de métodos, que determinam sua validade. Por sua vez, a fundamentação refere-se à indicação dos motivos pelos quais o julgador considerou e analisou os argumentos e normas suscitadas, racionalmente, de modo que a fundamentação é o alicerce para a decisão judicial, a qual é característica da estrutura do próprio processo (Taruffo, 2009).

Nesse exercício cognitivo e lógico, os conteúdos normativos são examinados para obterem a melhor execução. Desenvolve-se igualmente a apreciação dos significados valorativos existentes nas regras e princípios, ou seja, ocorre uma delimitação da questão que se discute, das normas a serem aplicadas, além da interpretação e o sentido que são concedidos a elas, algo que permite a identificação de seu conteúdo moral. Isso, ocorre por meio da exposição das razões da decisão judicial, ou seja, a fundamentação providencia a teorização de acepções concretas para as normas jurídicas⁴⁸.

A fundamentação da decisão judicial consiste num ato de aplicação do Direito pelo julgador, este que prolata uma norma específica para regular àquela situação, após o empenho argumentativo sobre normas e eventuais provas produzidas pelas partes. Com isso, o Direito Geral é individualizado, havendo a necessidade de o juiz considerar os parâmetros legais e constitucionais para desenvolver seu ofício, independentemente de posicionamentos ideológicos e de influências internas e externas ao próprio processo judicial. Ou seja, ao jurisdicionado deve ser garantida uma decisão adequada à situação em concreto, consubstanciada nas normas que a

⁴⁷ A motivação ou fundamentação das decisões judiciais igualmente faz parte da categoria dos princípios fundamentais, advindo do aspecto material do devido processo legal, pois garante aos sujeitos processuais a prerrogativa de obter a resposta judicial ao seu problema de maneira fundamentada, isto é, com a exposição dos motivos pelos quais seu pleito foi julgado de determinada maneira, facultando-lhes o controle sobre os embasamentos de determinada decisão (Streck, 1999).

⁴⁸ Como visto, não se pode confundir o Direito com seu próprio objeto de estudo, ou seja, esta Ciência não se restringe à análise das normas, mas também se debruça sobre os próprios problemas sociais para a aplicação normativa (Marques Neto, 2001), tendo em vista que o conhecimento científico não se concentra apenas em seu objeto (Marques Neto, 2001). Por isso, o Direito seria uma conjugação da norma, da institucionalização, e dos instrumentos identificadores de sentido (interpretação) para a construção de suas teorias e resolução pragmáticas para o convívio (Ferraz Jr, 2015), não lidando apenas com a norma em si, mas com acontecimentos das interações humanas que se enquadram e, às vezes, emergem da norma, cuja principal função é a estabilização de expectativas (Ferraz Jr., 2015).

regulam, não devendo questões subjetivas aos julgadores serem levadas em consideração na tomada de decisão (Pinho, 2018)⁴⁹.

A decisão judicial é assemelhada a um compromisso (Schauer, 2009), o qual é contraído pelo juiz perante o jurisdicionado. Este elo de confiança não pode ser desfeito por um dado incerto, sob pena de não obter a devida legitimidade e confiabilidade sobre o ato. Portanto, a formação da própria convicção judicial deve resultar numa fundamentação factível à possibilidade de identificação de falhas conceituais de maneira mais objetiva para fins de submissão à cognição humana, otimizando o controle das razões expressadas na própria decisão.

Esta operação (fundamentação decisória) é realizada a partir da interpretação de textos, expressões, conceitos etc., sejam legais ou judiciais, sendo tarefa cognitiva do julgador o ato de encontrar e delimitar todos esses significados e suas extensões para construir a solução destinada à demanda (Schauer, 2009). Assim, a fundamentação concede elementos de validade da própria decisão (Taruffo, 2009) a qual pode ser controlada e, conseqüentemente, alterada pelas partes interessadas, as quais têm essa atuação como garantia fundamental processual, inclusive.

Por isso, a motivação das decisões judiciais é sempre relevante para proporcionar maior controle à atividade jurisdicional⁵⁰, de modo que processo interpretativo das normas gera o ato de fundamentar a decisão judicial.

Considerando a tradicional tipologia da norma como regras e princípios, salienta-se que ambas as espécies podem também dispor de temas ligados à axiologia das condutas e dos direitos (Ávila, 2012). Entretanto, os princípios autorizam maior flexibilização, haja vista a própria estrutura e métodos de aplicação direcionados a estes, sendo comum que veiculem, implícita ou explicitamente, normas de caráter valorativo e, em última análise, que envolvam uma reflexão moral. Por isso, em virtude desse recorte epistemológico, nesta pesquisa, busca-se investigar a manifestação do conteúdo moral no caso da criminalização da homofobia e transfobia em sede de princípios jurídicos especialmente. Ou seja, realizar um estudo pragmático dos conceitos e

⁴⁹ A fundamentação judicial é critério objetivo da decisão, independentemente dos processos psicológicos e subjetivos que são formulados pelo julgador (Taruffo, 2009).

⁵⁰ Frisa-se que os elementos cognitivos da razão humana são, por vezes, incontroláveis, isto é, o juiz normalmente decide primeiro e, depois, organiza e redige sua fundamentação, vez que o ato de conhecer e estudar algo não possui necessariamente uma linearidade e com o processo judicial não é diferente (Kahneman, 2012). No entanto, isso, por si só, não vicia referido ato, tendo em vista ser algo inerente ao ser humano, o qual toma decisões o tempo todo, mas, em geral, não precisa justificar. No processo judicial, a indicação de razões se revela imprescindível.

definições dos valores constitucionais, no contexto da fundamentação decisória do STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26 – ADO nº. 26.

Apesar de ainda não ser o objeto direto deste item, é necessário, de logo, fazer tal resumo elucidativo. Deve-se suscitar o teor valorativo inserido nos princípios-norma que, por vezes, não é objetivamente claro. Estes são proposições normativas que, inicialmente, não sofrem qualquer restrição em seu âmbito de incidência. Desse modo, somente na avaliação do efetivo problema é que são submetidas às eventuais limitações. Podem ser confrontados com outros princípios, que subsistem e coexistem em sua realização, um em preponderância ao outro, mas não sem haver afastamento completo de um em relação ao outro (Silva, 2010).

Percebe-se que esse processo cognitivo apenas é factível quando há um cotejo, pelo menos, entre fatos e normas⁵¹, sobre os quais se exerce um juízo de valor. Revela-se como ocasião adequada para isso a fundamentação judicial, ou melhor, é na fundamentação decisória que se apuram e atribuem sentidos aos temas valorativos inseridos nas proposicionais normativas. Há uma espécie de transição de sua compreensão tão somente do plano da disposição expressa ou implícita para sua realização no mundo prático⁵². É nesse mesmo momento que o julgador garante aos jurisdicionados a oportunidade de conhecer seu posicionamento justificado sobre a situação em apreciação. Diante disso, é na fundamentação decisória que se sucede a identificação e restrição de direitos fundamentais, mediante a análise das normas executáveis. Sobretudo, isso ocorre com os princípios jurídicos, culminando também numa averiguação moral, com base no exercício argumentativo⁵³.

O processo judicial detém uma dimensão moral associada a si, uma vez que o juiz não apenas reputa “quem tem direito a quê”. Da mesma forma, o julgador verifica quem agiu melhor, com boa-fé, assumindo as responsabilidades e os deveres decorrentes da posição jurídica em que se encontra. O magistrado, então, cria uma espécie de “novo direito” por meio da atividade jurisdicional (Dworkin, 2007), sendo a fundamentação judicial “o palco de argumentação” para

⁵¹ Nas palavras de Ronald Dworkin (2007), os processos judiciais são ligados a questões de fato, de direito, além de questões de moralidade política e fidelidade.

⁵² Taruffo (2002) explica que os *backgrounds* ou concepções preestabelecidas do julgador auxiliam e robustecem a linguagem exposta numa fundamentação decisória, de modo que aquilo que está em segundo plano na construção desse ato judicial deve também ser incorporado ao seu resultado, embora não haja um controle objetivo sobre isso.

⁵³ À luz da Teoria da Argumentação de Robert Alexy (2011), distingue-se a argumentação jurídica da argumentação prática geral, considerando que aquela é imbicada pelo direito em vigor, de modo a ressaltar a restrição dos pontos de interesse da discussão jurídica. Por tal via, a racionalidade do discurso é aferida por seu teor normativo e considera-se a problematização de fundamentar-se as regras do próprio discurso racional para, logo, concluir-se que essas regras se revelam como “normas para a fundamentação de normas”.

fins de aplicação e interpretação das normas jurídicas. Estas podem expressar conteúdos de natureza moral. Por conseguinte, na ocasião do desenvolvimento da razão sobre uma norma, também se delimita e se verifica a profundidade de seu significado, segundo as particularidades da situação/questão real. Apresenta-se uma dinâmica e problemática próprias que guiarão os valores ali tratados.

Em nível constitucional, o STF representa a última instância de deliberação para a sociedade brasileira. Esta Corte ativa-se em ambiente apropriado para a discussão e interpretação final do ordenamento jurídico, mormente no que atine aos atos de caráter constitucional que, muitas vezes, detêm dimensão axiológica e podem representar algum preceito moral advindo das urgências da coletividade. Essa situação se traça justamente porque a CF/88 é o diploma normativo que rege o funcionamento do Estado brasileiro, bem como estabelece direitos e garantias fundamentais, que alicerçam todos os atos normativos remanescentes. Assim, a fundamentação decisória provinda do STF recebe contornos ainda mais destacáveis, tendo em vista a própria matéria que ali é abordada pelos ministros e, ainda, por essas deliberações terem o condão de impactar na vida de todos os cidadãos brasileiros.

Nesses termos, a fundamentação decisória seria o ambiente de manifestação argumentativa da normatividade moral, haja vista que é nesse momento em que são relevadas e examinadas as acepções e significados dos preceitos normativos. Ademais, averigua-se sua adequação ao caso concreto, algo que enseja não só um exame linguístico-conceitual, mas também social, vez que se valem de artefatos ideais, isto é, concepções abstratas para definir a realidade. Aprofunda-se na extensão da norma segundo as singularidades da situação que é invocada para obter sua aplicação.

O conteúdo moral das normas é manifestado quando os julgadores desenvolvem suas razões e constroem seus alicerces teóricos para tanto, por meio de um exercício argumentativo, para a concretização normativa. Lançam-se juízos valorativos sobre conteúdos com densa carga axiológica. Sobretudo, no âmbito do STF, em razão da matéria constitucional está ligada aos direitos fundamentais.

Por sua vez, o STF realiza tal incumbência com intensa constância, considerando as matérias de sua competência. Estas normalmente tratam de valores essenciais do corpo social brasileiro, circunscritos em direitos fundamentais, os quais, não raro, são revestidos na qualidade

de princípios normativos. Nesse sentido, entende-se que essa espécie normativa é utilizada comumente para tematizar conteúdos morais.

Os objetos discursivos em meio à fundamentação decisória que manifestam conteúdos morais tendem a interessar muito mais aos cidadãos, pois estes se sentem conectados facilmente aos problemas que a partir disso são levados à apreciação da tutela jurisdicional. Em razão disso, quando o STF é provocado para deliberar sobre tais assuntos, a atenção social se direciona com mais pujança ao tribunal, que exerce sua função cognitiva para delimitar a abrangência e efetividade desses valores normativamente constitucionais.

Em um cenário no qual as posições políticas e jurídicas estão cada vez mais acirradas, a tendência é de que o tribunal constitucional de determinada ordem jurídica seja convocado com maior constância e ênfase para solucionar casos que transcendam interesses de caráter individual. Ocasiona-se uma repercussão para toda a coletividade, de modo que a Corte constitucional se torna uma espécie de protagonista dos debates mais significativos de dado contexto social.

Essa situação se assemelha muito ao que ocorre recentemente no Brasil, em que a Corte Suprema de deliberação, isto é, o STF, encontra-se no centro das principais controvérsias sobre direitos e deveres dos jurisdicionados e da própria organização do Estado. Justifica-se isso também ao considerar sua competência de interpretação e execução da norma constitucional. Em especial, destaca-se a autoridade do STF para realizar a chamada revisão de atos advindos do Poder Legislativo, culminando certa tensão entre este e o próprio Poder Judiciário. Torna-se, assim, ainda mais desafiadora a aceção e aplicação do princípio da separação de poderes e do correspondente sistema de freios e contrapesos.

Nada obstante, esse embate entre os Poderes instituídos é inevitável e necessário, porque a revisão de atos legislativos proporciona o abalçamento da representação parlamentar com os preceitos constitucionais. Estes devem ser resguardados pelo STF, sob pena de, por uma imperfeição formal ou material, estar-se diante de um desrespeito à essência valorativa do Estado.

Nesse raciocínio, a análise do que seria efetivamente um tribunal constitucional exibe-se pertinente e urgente, tendo como base pressupostos técnicos e científicos, dentro do âmbito de estudo do Direito. Além disso, por meio de uma concreta investigação sobre as delimitações de sua atividade, mormente quanto ao seu papel deliberativo e adequada configuração institucional. Entretanto, essa investigação em especial será feita em ocasião oportuna, no terceiro capítulo

deste trabalho, com a finalidade de condensar, de forma crítica e opinativa, uma exploração sobre referidas particularidades, com atenção ao cenário brasileiro.

Para o presente momento, importa estabelecer que a moralidade, vez ou outra, é elevada a uma discussão jurídico-processual no âmbito do STF com a finalidade de corrigir ou delimitar seu alcance conceitual e prático. Ao assumir-se uma metáfora, conjectura-se a fundamentação decisória como um quadro no qual se ilustram imagens e cores que projetam os anseios sociais que são moldados para funcionarem como normas jurídicas. De outro modo, as normas das quais se tem dúvida quanto à sua compreensão ou das que se contesta sua constitucionalidade são delineadas a partir da pintura realizada pela Corte constitucional, obtendo-se concretude e definição. Assim como uma obra de arte, a fundamentação judicial comunica algo e, nesse caso, direitos (Gadamer, 2010).

Nem o Direito ou a moral irão atingir necessariamente a justiça, que é uma virtude que depende diretamente do ponto de vista individual (Dworkin, 2007). Todavia, busca-se aproximar-se dela por meio da justificação racional, sempre com suporte na Constituição Federal. Desta feita, ao relevar-se aos cidadãos esse processo de construção, tem-se o comprometimento de científicá-los de todas as etapas que culminaram em dado resultado e, ainda que não haja concordância geral, legitima-se a atuação do tribunal para esse trabalho.

A fundamentação decisória não é uma norma cogente tão somente em razão da autoridade que lhe é inerente, mas também porque é validada e reconhecida pelas convenções sociais. Em dado momento, houve uma aceitação sobre a regulação estatal e, por decorrência, de todos os poderes instituídos, sobre os quais a legitimidade e o reconhecimento geral incidem. Esse conjunto de normas que são obedecidas pela coletividade, em virtude do pacto social (Rousseau, 2006), são examinadas e racionalizadas numa decisão judicial que entrega soluções aos problemas concretos. Ao se discutir a interpretação e aplicação dessas normas no bojo de um processo judicial, o público destinatário deve recepcionar o que fora decidido para seu convívio, estando ou não em consonância.

O Direito não é Direito por si só ou por causa de sua força, todavia, porque é legítimo perante a sociedade (Dworkin, 2007). Tem-se o STF como representante da última instância de decisão do Poder Judiciário e, portanto, detentor do reconhecimento para exercer sua atividade de intérprete da Constituição Federal e dos valores nela circunscritos.

Por sua vez e especificamente, a fundamentação da decisão judicial está inserida dentro da classificação dos objetos culturais (Falcão, 2002), diversificando-se dos objetos naturais e/ou brutos. A fundamentação decisória surge das “mãos” e da atividade racional do homem, não sendo algo fisicamente atingível. Na verdade, este fato – que é produzido em meio a um processo judicial – tem natureza eminentemente intelectual, de modo a ser considerado como fato institucional (Searle, 2010). É, ainda, admitida em razão da estrutura e ditames estatais; reconhecidos, assim, pelo corpo social⁵⁴.

Considerando que o Direito também é uma prática argumentativa, epistemologicamente, a fundamentação decisória e sua argumentação respectiva são como um processo de aprendizagem, ou seja, sua prática sinaliza seu aprimoramento (Toulmin, 2006). Há notório ganho jurídico e social a partir do exercício dessa atividade pelo STF, mormente para as questões de teor mais axiológico.

Diante disso, essa manifestação principiológica de preceitos originalmente morais dá-se na fundamentação com mais ênfase. É imprescindível expor as razões de admissão de certas situações em seu desenvolvimento, que coadunam com as normas aplicáveis e, igualmente, justificam as quais não se tolera (Toulmin, 2006), conforme expresso na CF/88. Valida-se e legitima-se, dessa forma, a fundamentação decisória e os motivos pelos quais dado conteúdo moral seja determinado normativamente e da maneira que se condessa naquela decisão.

A fundamentação decisória funciona, portanto, como a forma pela qual se edifica a designação da moral no âmbito jurídico, em termos concretos. É o instrumento pelo qual se avaliam situações em conjunto com a norma abstratamente prevista ou, ainda, é a ocasião em que se realiza a interpretação da norma para adequá-la a uma realidade social geral.

⁵⁴ Por esta razão, entende-se que a fundamentação da decisão judicial não se trata de um objeto “achado” na natureza, mas sim um conceito e instrumento que é construído para significar e servir para algo, vez que não se trata de um ente concreto, afastando-se, de logo, o tratamento essencialista, que muito pode gerar confusões e equívocos quanto à sua análise. Esclarece-se que o “essencialismo” diz respeito a uma corrente filosófica cuja questão principal é designar as propriedades de algo para ser caracterizado como tal no mundo concreto (Oliveira, 2015), em consideração às suas partes e itens diferenciais, a exemplo de uma caneta, cadeira, carro, *etc.*, de modo que, no primeiro caso, a caneta seria aquele objeto pequeno, com espessura fina, com eventual tampa e ponta; enquanto que a cadeira seria aquele objeto com apoio para as costas e um assento, eventualmente com “pernas”; e, por fim, o carro seria aquele objeto com rodas, volante e bancos.

1.3.1 Os desafios da aplicação judicial das regras e dos princípios jurídicos ante a “multidefinição” da norma

Para além dos juízos de dever (deontologia), o Direito aborda e se preocupa com os juízos de valor (axiologia) (Alexy, 2011), cuja problemática identificada diz respeito à introdução da moral na investigação científica. Contudo, o Direito absorve questões instituídas moralmente, em razão da relação direta com a criação cultural dos indivíduos e de suas experiências, as quais são responsáveis pela produção do arcabouço moral, de determinada época e comunidade. A Ciência Jurídica torna isso realizável no âmbito de seu objeto de estudo normativo.

Dessa forma, o Direito se ocupa diretamente das adversidades sociais, de modo que entendimento contrário a esse deve ser rechaçado, mormente nesta pesquisa. Dentre os propósitos do estudo/interpretação/aplicação da norma jurídica, tem-se, no mesmo grau de importância, a observação e a apreensão de sentido das condutas e comportamentos que são concebidos no cenário de convivência, o qual é regulado pelos atos legislativos respectivos.

Os direitos fundamentais assumem relevante papel no que concerne às diversas teorias desenvolvidas sobre a concretização das normas jurídicas, especialmente quanto à conceituação, estrutura e métodos de interpretação ligados a eles. Esses preceitos são normalmente dotados de uma linguagem mais aberta e indefina, que permite múltiplas formas de determinação de seu significado final. Essa situação causa, por vezes, conflitos de interpretação entre diversos autores da área, bem como no ambiente de discussão dos tribunais. Outro fator que contribui para essa pluralidade de perspectivas sobre as normas que regem os direitos fundamentais refere-se à própria densa carga axiológica que é disposta quando de sua constituição, culminando também em embates teóricos e pragmáticos.

Perpassou-se por diversas teorias e compreensões sobre a expressão de direitos como fundamentais até que se alcançasse à concepção sobre a existência de direitos com tal natureza. Ou seja, que fossem oponíveis ao próprio Estado e garantissem às pessoas prerrogativas de liberdade, vida, igualdade etc. Destarte, a evolução e conjugação de ideias do *jusnaturalismo* e do *juspositivismo* (Douzinas, 2004) desaguou em formulações teóricas mais dinâmicas e adequadas à realidade social no que tange à incorporação de direitos fundamentais.

A admissão do caráter científico do Direito também colaborou para esta evolução, particularmente ante sua aptidão de falseabilidade e de provisoriedade (Machado Segundo, 2009). Estas características permitem e exigem constante inovação nos pressupostos anteriormente

admitidos. Assim, tratar os direitos fundamentais como institutos providos de uma Ciência proporciona o aprimoramento e até mesmo amplitude de sua abrangência, vez que sua acepção não é absoluta e inquestionável.

Na verdade, os direitos fundamentais podem sofrer variadas investigações que formulam e reformulam seu conteúdo, mas isso sempre consoante os limites mínimos da gramática que os amparam. Não se pode ocorrer uma elasticidade desarrazoada de seu significado que contrarie sua própria literalidade. As modificações do contexto social também influenciam em sua compreensão e objetivação, devendo compor o espectro que paira sobre sua normatização. Com efeito, surgem inúmeros estudos e proposições teóricas que, por vezes, podem se contrapor em alguma medida. A disseminação de diversas perspectivas termina por fomentar dúvidas e hesitações quanto à sua adequada aplicabilidade, tanto pelos estudiosos como pelos profissionais do Direito.

Nada obstante esses desafios, ainda assim, a Ciência Jurídica não deve estar apartada das questões morais, pois estas conectam as normas jurídicas à realidade experimentada⁵⁵. Deve-se considerar a interdisciplinaridade entre contexto fático e regulamentação, sendo isso essencial para o progresso e sofisticação do Direito. É inevitável, portanto, tratar de normatividade sem também olhar para as subjetividades humanas. Não existe disposição normativa sem, pelo menos, um destinatário, este que é a própria “inspiração” para a expansão da ordem jurídica.

Contudo, não significa que o estudo dos direitos fundamentais seja algo instável e flutuante ao se avaliar que sua discussão enseje diversos embates e correntes teóricas que possam, até mesmo, colidirem no campo de interpretação e execução das normas correlatas. Em realidade, a Ciência Jurídica se funda no paradigma da dogmática jurídica, a qual providencia alicerce aos institutos que são seus objetos de estudo, sem perder o caráter questionável e falseável que toda área do conhecimento científico deve ter.

Como é cediço, o Direito tem por objeto a própria norma, de modo a analisar e delimitar os critérios de manifestação desse artefato intelectual no meio social. Para viabilizar maior segurança na aplicação dessas normas jurídicas, é preciso partir de uma base sólida de estudos e

⁵⁵ Deve-se, pois, enaltecer a importância da emancipação do conhecimento, bem como do reconhecimento de suas diversas formas, em meio ao multiculturalismo envolto na sociedade contemporânea (Santos; Nunes; Meneses, 2007) e a busca pelo fundamento do ordenamento jurídico na própria noção de diversidade cultural (Machado Segundo, 2009), algo que fortalece, enriquece e aprimora o conhecimento jurídico, especialmente no que atine à atual formulação de direitos fundamentais, ante a interligação.

técnicas, a saber, a dogmática jurídica (Machado Segundo, 2008). A dogmática, portanto, diz respeito à instrumentalização, sistematização e automatização de um estudo, que mantém premissas firmes, as quais não sofrem qualquer espécie de mutação (Aftalión; Vilanova; Raffo, 2004). No entanto, não se confunde a própria dogmática com a Ciência do Direito (Ferraz Jr., 2015).

Uma das principais ferramentas e formas de raciocínio da Ciência Jurídica é a dogmática, vez que esta tem o condão de conferir maior segurança ao entendimento e interpretação de normas, conjugando-se à própria atividade científica. Nesse diapasão, fundamentam-se suas bases, sem retirar-lhe autonomia (Aftalión; Vilanova; Raffo; 2004).

Veja-se que a dogmática tem correlação com a noção de positividade, mas não detém o mesmo significado (FERRAZ JR., 2015). Além disso, a dogmática jurídica desempenha função com extrema relevância prática e útil nas questões de decidibilidade (Ferraz Jr., 2015). Controla as incertezas, ao oferecer um suporte mínimo de credibilidade e certeza por meio da norma jurídica e a decisão equivalente. Ressalte-se que a dogmática não se resume à atividade jurisdicional. Assim, mesmo considerando certo caráter dogmático, o Direito não poderia ser classificado como mero reprodutor de conteúdos e regulações (Aftalión; Vilanova; Raffo, 2004), em virtude de sua autonomia e da própria decidibilidade que a dogmática o proporciona.

Nesse sentido, os direitos fundamentais também têm sua essência sólida de definição. Contudo, em razão de ser o Direito igualmente uma prática argumentativa, é possível ocorrer problemas consideráveis na avaliação de sua aplicação em casos concretos. Especialmente, quando da identificação da espécie de norma (regra ou princípio) a ser utilizada, bem como nas concepções intelectuais elaboradas pelos estudiosos sobre o assunto. Justifica-se isso porque existem muitas definições estruturais quanto a esses tipos normativos, a depender do autor que se explora.

No Direito, portanto, depara-se com a dificuldade e com o desafio de se averiguar o conteúdo moral no âmbito da fundamentação racional sobre juízos morais (Alexy, 2011), mediante a interpretação e aplicação da norma jurídica. Justamente no campo da conceituação e efetivação da norma jurídica é que se identifica essa problemática, com direta repercussão sobre a vinculação entre Direito e moral. Explica-se.

Desde que a admissão e introdução dos princípios jurídicos no ordenamento jurídico ganhou força, a partir do reconhecimento de sua normatividade, percebe-se um “movimento” em

prol da aplicação e até prevalência dos princípios normativos em detrimento das regras (Ávila, 2012). Na verdade, afirma-se que é possível apurar uma espécie de aplicação prevalecente dos princípios em detrimento das regras. Essa circunstância pode culminar em certa insegurança quanto à observância das regras normativas e na inversão da técnica jurídica, tendo em vista a operação de afastamento de regras para incidência de princípios, em determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal, até mesmo *contra legem* (Neves, 2013)⁵⁶.

Os tribunais brasileiros, especialmente o STF, são alvos de críticas contundentes⁵⁷ a esse respeito, uma vez que o “surgimento” dos princípios jurídicos não teve a intenção de estabelecer sua observância irrestrita e prioritária⁵⁸. Desta feita, aponta-se certa distorção na recepção da teoria de cisão da norma jurídica, mormente quando há uma observância exacerbada dos princípios jurídicos⁵⁹ e até mesmo criação pontual e casuística destes (Neves, 2013). Outro desafio envolto à aplicação dos princípios jurídicos e, portanto, quanto à admissão e tratamento da moral na fundamentação das decisões judiciais, diz respeito a uma questão de estrutura e *design* do colegiado do STF. Isto é, de como referido tribunal elabora e fundamenta suas decisões, consoante seu arranjo institucional (Mendes, 2013), especialmente no que tange ao seu posicionamento sobre conteúdo dessa natureza.

No cenário ora analisado, evidencia-se aquilo que se optou por denominar como “multidefinição” das normas jurídicas, isto é, quando a estrutura dos preceitos normativos, em sua essência, não tem uma definição pacífica ou majoritariamente aceita no campo do estudo do Direito. Ocorre em virtude de diversos embates teóricos sobre as espécies de norma, sua conceituação e métodos de interpretação, sobretudo, quanto às diferenciações entre regras e princípios. Com isso, verifica-se uma enorme dificuldade em sua aplicabilidade e interpretação pelos profissionais da área, de modo que isso também afeta os julgadores. Por decorrência, essa insegurança pode acarretar imprevisibilidade aos jurisdicionados, que não têm a possibilidade de

⁵⁶ Marcelo Neves identifica algumas decisões que, por exemplo, utilizam o princípio da legalidade para fundamentar decisões no STF de maneira completamente oposta (Neves, 2013), denotando-se certa insegurança no tribunal.

⁵⁷ Marcelo Neves (2013) e Humberto Ávila (2012), em suas respectivas obras, confrontam a postura do STF quanto à aplicação das regras e princípios normativos.

⁵⁸ Citam-se, como exemplos, as obras seguintes sobre o tema de Virgílio Afonso da Silva (2010), Marcelo Neves (2013) e Humberto Ávila (2012). Apesar das divergências específicas entre referidos autores, pode-se dizer que nenhum deles defende a supremacia ou criação aleatória de princípios.

⁵⁹ Sobre tema, aponta-se ainda o déficit informativo-normativo existente nos princípios jurídicos, algo que corrobora a necessidade de sua observância cuidadosa (Lopes, 2011).

conhecer efetivamente o posicionamento dos tribunais, haja vista que estes não adotam pressupostos de entendimento sobre a norma jurídica de maneira uniforme.

Por outro lado, avalia-se que essa “multidefinição” das normas jurídicas seria algo justificável exatamente em razão da presença de diversas investigações científicas que apontam para caminhos de compreensão diferentes. Essa espécie de confusão teórico-pragmática, em certa medida, foi paulatinamente construída pelos próprios estudiosos na ânsia e pela própria necessidade de se delinear uma estrutura sólida de interpretação. No entanto, se há ainda tantas incertezas e controvérsias relativas a um único assunto, talvez essa cisão conferida às normas jurídicas não seja efetivamente suficiente ou até mesmo relevante para a inteligência sobre a norma e sua respectiva execução no mundo concreto.

Nas diversas concepções sobre regras e princípios é possível encontrar problemas de diversas ordens. Embora se possa pressupor uma possível inexistência de resistência a essa dicotomia, ante a larga aceitação na literatura jurídica; pode-se apontar alguns trabalhos nos quais não se concebe a classificação de norma jurídica como regras e princípios. Há obras em que essa distinção é completamente desprezada, vez que verificam uma irrelevância e equívocos conceituais.

Em exemplo, Álvaro Cruz e Ana Carolina Guimarães imputam à distinção entre regras e princípios o caráter franciscano dessa perspectiva, considerando-a como pouco pragmática e contraditória (Cruz; Guimarães, 2015). Os autores se voltam a uma análise reflexiva da dicotomia em questão, apresentando questões indissociáveis quanto à Fenomenologia e Filosofia da Linguagem. Após apresentar as questões envolvidas à compreensão, muitas vezes, equivocadas sobre o Positivismo Jurídico, Cruz e Guimarães esclarecem que o próprio Ronald Dworkin, com base na noção de coerência e integridade, expressamente revelou que não abonava a distinção entre regras e princípios. Na verdade, o autor defendia que o Direito não contava com um número fixo de “padrões” (normas), de qualquer espécie que fosse (Cruz; Guimarães, 2015).

Nesse sentido, veja-se que a fonte precursora quanto à diferenciação entre regras e princípios sequer a admitiu, demonstrando até mesmo uma incompreensão de muitos doutrinadores sobre sua teoria. Cruz e Guimarães enaltecem a necessidade de se reconhecer o equívoco, porém reconhecem uma enorme vaidade da grande maioria dos autores nesse tocante (Cruz; Guimarães, 2015).

Quanto à concepção de Alexy, os autores destacam a dificuldade quanto à conceituação e diferenciação entre as proposições de subsunção e ponderação, que sustentariam a própria distinção entre regras e princípios “alexiana”. Eles entendem que a subsunção seria uma etapa formal da própria ponderação, ou seja, subsunção e ponderação fazem parte de um único processo de interpretação e aplicação da norma (Cruz; Guimarães, 2015). Este processo se assemelha bastante à proposta de Friedrich Müller em sua teoria estruturante do Direito. Os autores sustentam, assim, que Alexy distingue algo que não pode ser distinguido, além de considerarem que a subsunção precisa da ponderação, e *vice-versa* (Cruz; Guimarães, 2015)⁶⁰.

Cruz e Guimarães prosseguem ainda ao criticar o posicionamento de Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva, afirmando que o primeiro estaria totalmente equivocado ao supor que a subsunção e a ponderação estivessem apartadas uma da outra (Cruz; Guimarães, 2015). Por outro lado, o segundo teria cometido enorme incoerência, ao teorizar sobre a existência de conflitos entre regras e princípios e apontar a solução no sentido de que a colisão não seria propriamente entre uma regra e um princípio, mas entre um princípio e outro que sustenta a própria regra. Cruz e Guimarães compreendem que Virgílio Afonso da Silva assumiria uma distinção fraca e morfológica de normas jurídicas, considerando as problemáticas envolvidas à existência de princípios por detrás de uma regra, e não o contrário (Cruz; Guimarães, 2015).

Em outro trabalho, em raciocínio similar, Álvaro Cruz e Leonardo Wykrota (2015), em nota de rodapé, comentam sobre a insuficiência das figuras híbridas normativas apontadas por Marcelo Neves, cuja construção teórica não resolve o problema de classificação da norma. Em aludida concepção, pressuporia um consenso sobre a aceção de regras e princípios, algo que inexistente. No tocante a Neves, veja-se que suas propostas teóricas têm como suporte primário a noção de sistemas sociais, apropriando-se de conceitos e institutos estranhos à própria Ciência do Direito, a exemplo de “código binário” e “autopoiese”.

Com as vênias pertinentes, demonstra-se como uma tese epistemologicamente falha, por incorporar concepções que não foram pensadas para aplicação direta e irrestrita noutro campo, como se a mera adaptação semântica a justificasse. Muito pelo contrário, tem-se, na verdade,

⁶⁰ Além disso, refletem que a concepção de Alexy erroneamente não conceberia a possibilidade de derrotabilidade das normas. Estas seriam derrotáveis apenas em sua modalidade principiológica, tendo em vista seu modo de aplicação, ou seja, como mandamento de otimização; ao passo em que as regras, por serem aplicadas pelo método da subsunção, não seriam derrotáveis – algo que, para os autores, não ocorre (Cruz; Guimarães, 2015).

enorme dificuldade quanto à própria aferição de seu entendimento de regras e princípios, por distorcer tanto as teorias de Dworkin, como de Alexy.

Verifica-se, pois, que a grande problemática encontrada pelos autores em apreço quanto à cisão de norma entre regras e princípios é de ordem conceitual e cognitiva, haja vista que aqueles que apoiam a dicotomia sequer possuem uma razoável convergência quanto à definição de cada espécie. Além disso, desconsideram a própria natureza abstrata e moldável da norma jurídica. Constatou-se que o embate entre os autores citados – que defendem a cisão entre regras e princípios – tem natureza meramente teórica, que não se reputa qualquer utilidade no atual contexto brasileiro. Essas discussões somente colaboram com maiores incertezas no âmbito da interpretação da norma jurídica, sobretudo em ambiente constitucional, confundindo, inclusive, os tribunais em suas decisões. Providencia-se, pois, margem para mais conflitos.

Arlis Aarnio, por sua vez, defende que todas as normas já perderiam qualquer abstração quando de seu surgimento, sendo dirigidas a regular uma conduta concreta e específica, além de estruturar-se como regras (Aarnio, 1997). Ele justifica esse raciocínio porque as normas só surgem após a interpretação dos textos legais e isso somente ocorre diante de um caso concreto. Nessa situação, leva-se em consideração todos os aspectos fáticos extraíveis.

Por este motivo, para o autor, quando de seu surgimento, todas as normas possuem estrutura de regra. Parece existir, nessa concepção, uma confusão entre texto e norma por parte de todas as teorias distintivas entre regras e princípios (Aarnio, 1997). Destaca-se sua crítica acerca da noção de princípio como conceito de otimização, tendo em vista que um dispositivo que determina que “algo deve ser aplicado na maior medida possível” tem, na verdade, estrutura de regra, tornando tal conceito autocontraditório (Aarnio, 1997).

Com todas estas possibilidades de compreensão acerca do que seria uma norma jurídica, esta tornou-se alvo de discussões nas quais a individualidade dos autores são os principais protagonistas. Olvida-se, então, a real profundidade e complexidade da temática, reduzindo-se a um embate, em última análise, sobre terminologia e disputas teóricas. Criam-se categorias que vão além de regras e de princípios, como postulados e figuras híbridas, bem como a possibilidade de colisões intraprincípios, dentre outras formulações que, concretamente, não se extrai a utilidade para resolver problemas jurídico-sociais de maneira direta.

Igualmente por isso, esta pesquisa se desenvolve sobre premissas da práxis jurídica, isto é, busca realizar a exploração desse conteúdo moral, dentro da principiologia normativa

reconhecida constitucionalmente. Contudo, estabelece-se com a estipulação de um objeto empírico: o caso da criminalização da homofobia e da transfobia. Este providenciará uma perspectiva tangível do entendimento judicial sobre o tema, possibilitando um exame efetivo quanto a essa relação entre moral e Direito, no contexto de sua principiologia normativa.

1.3.2 A estruturação do conteúdo moral na principiologia-normativa e a antecipação geral de algumas repercussões na fundamentação decisória

A crítica ao Pós-positivismo foi propulsora para desencadear debates outros (e coligados) a respeito da arbitrariedade nas decisões judiciais, do ativismo judicial e da crítica ao neoconstitucionalismo⁶¹, como exemplo⁶². Da mesma forma, isso ocorreu quanto à própria crítica ao abuso da teoria dos princípios em sede da aplicação normativa judicial. Na verdade, o que se defende, a par de todas as teorias existentes, é que os princípios normativos não devam ser observados irrestritamente, em prevalência e em detrimento das regras.

Nada obstante a ampla recepção da doutrina brasileira ao tema da cisão da norma em regras e princípios, bem como a sua indubitável importância, já é possível mencionar entendimentos em seu desfavor, a exemplo de Cruz e Guimarães (2015), como visto no item anterior. Outra concepção é a de Marcelo Guerra, o qual considera a divisão em apreço como uma “pseudoquestão” invocada pela doutrina brasileira, tendo em vista que a ponderação de Robert Alexy, que é utilizada para a resolução da colisão entre princípios normativos, não passaria de uma técnica de criação indireta de normas e, por isso, seria uma classificação inútil (Guerra, 2015).

Ante as diversas perspectivas e formulações científico-jurídicas sobre as espécies de norma e sua estrutura, inclusive àquelas exatamente contrárias a essa divisão, a investigação sobre esses institutos se torna ainda mais desafiadora, mormente ante ao caráter argumentativo da prática judicial, que deve considerar o Direito vigente. Além disso, lida também com questões axiológicas, as quais são moldadas pela vivência em sociedade, conforme examinado. Nesse

⁶¹ A partir de uma percepção do abuso da teoria dos princípios, identificam-se estudos que apontam para uma atuação arbitrária do Poder Judiciário, com um viés ativista, mas que, na verdade, ultrapassa os limites de suas funções típicas, intervindo em políticas públicas e até mesmo na função legislativas, imputando-se isto também à corrente do neoconstitucionalismo (Streck, 1999).

⁶² É como se o pós-Positivismo tivesse se “contaminado” de problemas que antes eram apontados e combatidos em desfavor do Positivismo, como é o caso da arbitrariedade judicial referida nos estudos de Ronald Dworkin (Dworkin, 2010b).

sentido, uma decisão judicial não se desenvolve apenas por subsunção, justamente em razão da imprecisão da linguagem, da possibilidade de confrontos entre normas, da existência de situações que possam não estar abrangidas pela própria regulamentação jurídica disponível naquele momento, bem como porque, eventualmente, essa decisão pode contrariar a literalidade normativa (Alexy, 2011).

Essas hipóteses fazem denotar que a interpretação e aplicação de normas – regras e princípios – exige uma avaliação muito mais holística do que uma estruturação de itens conceituais pode estabelecer para se atingir uma espécie de “encaixe” para a resolução de casos concretos. A própria linguagem em si e a argumentação jurídica se revelam como elementos próprios de uma Ciência Positiva que ainda pode apresentar lacunas. Estas somente irão ser preenchidas com o desenvolvimento específico e analítico de cada circunstância a ser relacionada a uma dada destinação normativa, seja explícita ou não.

A disposição da norma como regra ou princípio, portanto, não necessariamente irá eliminar eventuais problemas em sua aplicabilidade, vez que isso não deixa de ser um processo linguístico que se constrói paulatinamente com a junção de todos os elementos abstratos e concretos envoltos ao objeto de apreciação, tendo ainda sua definição conferida apenas de forma subsequente em uma decisão fundamentada.

Por outro lado, ao se refletir sobre essa ramificação normativa, tem-se que os princípios jurídicos não são proposições absolutas, comportando exceções e colisões. Estes têm significados a serem estabilizados em meio a um processo racional de debate sobre seu conteúdo, sendo mais condizentes e congruentes com a prescrição e tematização de questões morais. Por isso, entende-se, nesta pesquisa, que a principiologia-normativa concebe o conteúdo moral que se emerge das interações sociais, sendo apta a moldá-lo e determiná-lo cientificamente, sobretudo em ambiente de fundamentação decisória.

Com efeito, invariavelmente, o intérprete judicial deve ser guiado por aquilo que está juridicamente assentado, mormente na Constituição Federal, mas também deve ter como base de análise os valores que são moralmente indicados como corretos. Procede-se assim ainda que, em algum momento, não esteja claro qual/quais morais estão contidas na norma (Alexy, 2011), vez que esse aspecto somente pode ser apreendido quando de sua efetiva aplicação para o determinar o englobamento normativo, em consideração aos indivíduos envolvidos, ao tempo, ao espaço e a todas as peculiaridades daquela situação.

A moral pode ser mutável de acordo com a experiência cultural de cada época, porém eventuais alterações em sua perspectiva não ocorrem repentina e abruptamente. Na verdade, visualiza-se esse fenômeno de forma evolutiva, não sendo isso um impedimento para sua verificação e estudo. Assim, a construção de uma espécie de moral social é inerente ao próprio progresso dos grupos, comunidades e civilizações que se formam. Por sua vez, o Direito manifesta-se como instrumento regulatório, com função pacifista e organizacional, com o condão de solucionar os problemas que advêm desse ciclo, devendo estar conectado com essa realidade e com o surgimento de normas inicialmente genéricas para apropriar-se delas. Isso deve ocorrer dentro de sua linguagem, produzindo novas formas jurídicas (Castro, 2012).

O grande desafio encontra-se na tarefa de se identificar e estabelecer o que seria “correto” moralmente e compatível à estruturação jurídica, isto é, quais condutas e acontecimentos servem ao propósito da Ciência Jurídica e de que modo devem estar assentadas em um ordenamento. Mais do que isso, se, de fato, as normas expressam à realidade existente naquele ambiente de convivência.

Considerando essas premissas, bem como a dinâmica das relações intersubjetivas, tem-se nos princípios normativos o suporte conceitual e linguístico idôneo a propiciar a margem interpretativa necessária à acomodação do conteúdo moral. Este insere-se num contexto de averiguação concreta e arrazoada de direitos e deveres em nível axiológico, a partir do desenvolvimento de uma premissa moral.

Contudo, essa relação (moral e Direito) não necessariamente é harmoniosa, na medida em que sua implementação perpassa por um julgamento essencialmente humano. Ou seja, seus significados e sua extensão são conferidos por um ser falível, nada obstante a formação e preparação realizada. É, portanto, possível haver interferências de concepções que contaminam a apreciação jurídica do evento, afetando uma suposta lógica de aplicação das normas jurídicas. Por outro lado, ressalva-se que a racionalidade não se distancia do prisma das emoções (Damásio, 2001). Em verdade, é elementar e natural que haja uma junção entre esses aspectos da mente humana para o auxílio na tomada de decisões⁶³.

⁶³ Não se pode dissociar o ato de tomar decisão da própria emoção, sendo errôneo o pensamento segundo o qual a racionalidade está afastada do aspecto das sensações e emoções do homem, havendo papel indispensável do “sentimental” para a conduta de decidir. Há estudos, inclusive, que comprovam que pessoas que possuem algum tipo de lesão na parte do cérebro responsável pela “administração” de emoções (a região pré-frontal ventromediana) não conseguem tomar decisões (Damásio, 2001). Entretanto, essas emoções, a par de serem inerentes ao ato decisório,

O que não cabe ao julgador é considerar sua própria visão de mundo no processo de elaboração de decisão e respectiva fundamentação, pelo menos, não de forma determinante. Contudo, não se ignora que essas influências externas ao objeto de análise podem se manifestar de maneira inconsciente e incontrolável, considerando a existência de aspectos biológicos e de ambiência quanto à evolução pessoal.

Matt Ridley (2000) traça um paralelo acerca da origem das virtudes em sua perspectiva biológica e comportamental, em que entende que elementos e características biológicas podem, de fato, interferir nas reações humanas. Entretanto, essa situação tão somente revela uma predisposição, não sendo algo determinista, na medida em que os indivíduos são modificados diretamente pelo ambiente também. Essa divagação torna-se relevante porque corrobora o raciocínio delineado quanto os impactos das inspirações e preconceções que podem nortear o julgador involuntariamente, em sua atividade de prestar a tutela jurisdicional. Assim, deve-se ressaltar que, por não serem questões objetivas, não podem ser levadas em consideração num sistema técnico jurídico-processual de fundamentação decisória.

Em retomada, existem métodos de interpretação e institutos científicos para fins de aprimorar a composição da fundamentação decisória judicial, haja vista que a interação entre moral e Direito acarreta, por vezes, uma espécie de confusão entre o juízo de valor sobre aquilo que é normativo e o que é moralmente convergente com a individualidade do julgador. É factível ocorrer desajustes entre a decisão judicial e a interpretação da norma (Pinho, 2018). Por isso, a limitação e o controle sobre a condução da atuação judicial no processo de fundamentação decisória é preceito constitucional (art. 93, IX, CF/88), mormente no contexto de um Estado Democrático de Direito. Objetiva-se evitar ou minimizar esses eventuais desarranjos entre interpretação, decisão e aquilo que advém da sociedade, a partir de sua linguagem moral dos acontecimentos.

Nessa análise quanto à estruturação do conteúdo moral na principiologia-normativa, portanto, exigem-se que os elementos descritivos e prescritivos das disposições normativas estejam, de certa forma, alinhados com o cenário de insurgência e expectativas sociais. Estes têm conotação valorativa e, em contrapartida, quando não for possível, deve haver uma justificativa

não estarão inclusas na fundamentação respectiva, devendo-se destacar o caráter essencialmente jurídico da fundamentação, no qual o aspecto emocional não estará contemplado textualmente.

que preserve e concretize as determinações da Lei Fundamental do Estado, pois esta é a base de direcionamento dos valores essenciais da coletividade.

Todavia, a significativa dificuldade, especialmente pelo caráter abstrato e conceitual dessa atividade, está na identificação desses valores e como devem ser concretizados, em atenção à realidade a que é destinada. Por essa razão, a elaboração de métodos de interpretação jurídica⁶⁴ se mostra relevante com o fito de fundamentar racionalmente esse espectro moral no bojo das normas jurídicas (Alexy, 2011). Nada obstante, existam eventuais dispersões das teorias que possam confundir estudiosos e profissionais do Direito.

Com isso, a relação entre moral e Direito, ou melhor, a determinação científico-jurídica da moral permanece como inerente ao escopo da dogmática jurídica, em virtude da conexão entre a regulação estatal e o ambiente de convivência social. Veja-se que a atividade jurisdicional é também manifestação do poder do Estado, em consequência da outorga pelo indivíduo de parcela de sua liberdade a este ente.

Apesar de a moral e o Direito terem funções próprias e distintas dentro de seu campo de aplicação, diante destas observações, tem-se que há uma espécie de compartilhamento de informações e da própria atividade de reflexão sobre experiências sensoriais e/ou emocionais para a estabilização de mandamentos de convivência (Alexy, 2011). Estes podem convergir para a elaboração de padrões jurídicos e institucionais que, no âmbito da linguagem da Ciência Jurídica, são revestidos de elementos de coação e respeitabilidade, que orientam e constroem o cidadão, bem como o Estado.

Enquanto a moral cumpre uma finalidade direcionada à satisfação de interesses compatíveis e harmoniosos entre si, o Direito extrai esses interesses para delimitar seu alcance e realização, segundo os ditames constitucionais. Preserva ainda sua congruência com os valores essenciais já estabelecidos, para evitar ou dissipar o sofrimento coletivo (Alexy, 2011).

Com efeito, os princípios jurídicos pressupõem uma estruturação diferenciada para permitir essa adaptação e reorganização de significados, os quais devem estar sempre em consonância com a Constituição Federal. Essa operação ocorre mediante o exercício da argumentação que, por muitas vezes, irá atingir a moralidade embutida na norma, tendo em vista

⁶⁴ Existem diversos métodos de interpretação no âmbito da Ciência Hermenêutica, todavia, ainda não há um método sistematizado e amplamente reconhecido de construção e elaboração de uma fundamentação decisória.

a atenção necessária às condições existentes da experiência cultural, que limita as urgências e os anseios da sociedade.

Entretanto, pode-se questionar o seguinte: e se a moral identificada for contrária ao Direito ou *vice-versa*? É provável que haja um vício preambular de desajuste na introdução normativa de prescrições morais ou que haja, ainda, uma manipulação dos anseios sociais. Seria, então, a ordem jurídica o instrumento dessa distorção, no sentido de manter esse conflito em prol de interesses ímprobos.

Essa é uma questão que escapa aos propósitos desta pesquisa, uma vez que se objetiva avaliar de que forma o argumento moral pode se manifestar a partir da interpretação normativa, sobretudo naquilo que tange aos princípios. Essa avaliação será feita num contexto de aplicação jurídica específica. Todavia, cumpre apontar que, nada obstante a eventual existência desse vício, crer-se que ainda é possível haver uma espécie de reorganização dos padrões morais com os padrões jurídicos, com base na própria apreciação social em provocação à atividade estatal. Revela-se essa questão como um processo demorado e observável com o tempo, mas que funciona como meio de controle e de supervisão dessa interação.

Para o que se apresenta nesta investigação, lança-se ao desafio de enfrentar essa discussão “jurídico-moral” no cenário de julgamento do caso da criminalização da homofobia e da transfobia pelo STF. O conteúdo moral tratado em referida demanda manifesta-se especialmente no campo das deliberações (mormente no âmbito do colegiado), considerando a ampla discussão axiológico-normativa travada nesse ambiente (Mendes, 2013). Busca-se, pois, apresentar conclusões e resultados inéditos quanto à postura do tribunal em apreço, quanto aos temas abordados em referido processo. Isso, para contribuir de forma pragmática com a construção das teorias sobre a aceção e aplicação da norma jurídica, a partir de uma perspectiva crítica sobre o tratamento de questões morais no Direito, considerando seu revestimento como princípios.

Uma problemática que se apresenta quanto à relação entre Direito e moral é justamente sobre seu grau de interseção, isto é, a medida ou nível de “cruzamento” entre aspectos jurídicos e morais. Essa situação ocasiona certa tensão entre esses “sistemas” sociais (Neves, 2013), considerando a constata modificação de interpretação e perspectiva dos indivíduos sobre diversos aspectos da vida. É essencial uma análise mais realista e pragmática dessa relação para fins de

que o conteúdo de cada eixo (Direito e moral) esteja mais bem delineado e compreendido, especialmente no âmbito do STF, a partir de um tema e contexto determinados.

Há, obviamente, no desenvolvimento desta tese, uma enorme dificuldade no que tange aos critérios a serem adotados para fins de investigação do conteúdo e de argumentos morais extraídos da citada decisão do STF. No entanto, considerando não ser possível a determinação de uma ordem objetiva de valores, reforça-se a importância do caráter pragmático e empírico deste trabalho, visto ser em nível discursivo que referidas matérias podem ser identificadas e examinadas cientificamente, algo que ainda será delineado com mais vagar.

Em razão disso, cumpre estabelecer e reiterar mínimos pressupostos em sede de argumentação judicial, para identificação do objeto de avaliação desta pesquisa. Primeiro, admite-se que os princípios normativos contêm a carga axiológica a ser perquirida; segundo, reforça-se que a valoração judicial ocorre no âmbito de fundamentação racional da decisão (Alexy, 2011), sendo a análise voltada à fundamentação e não à decisão em si.

Terceiro, constata-se a existência de um aspecto formal da decisão judicial, quanto à observância procedimental aos ditames processuais (Alexy, 2011), a exemplo do dever de fundamentação judicial; quarto, constata-se, por outro lado, o aspecto material das decisões judiciais, quanto à necessária avaliação crítica sobre o conteúdo das normas aplicadas, sendo este o momento de exploração do argumento e conteúdo moral apresentado pelo tribunal. Com isso, sintetizam-se, de logo, alguns dos critérios e premissas para o prelúdio desta pesquisa.

Considerando, pois, a ausência de um critério/método de elaboração da fundamentação racional das decisões judiciais⁶⁵, imprescindível admitir também alguns elementos como ponto de partida para a análise de argumentos. Na presente pesquisa, entende-se que a estrutura clássica de construção de argumentos não é suficiente (Toulmin, 2006), isto é, premissa maior, premissa menor e conclusão. Deve-se considerar a enorme complexidade de dados, fatos e normas a serem avaliados, dentro de uma questão judicial, mormente de caráter constitucional. Destarte, utilizar-

⁶⁵ Ressalva-se tão somente o estabelecimento de uma estrutura mínima da decisão judicial e hipóteses de sua não fundamentação, expostas na legislação infraconstitucional brasileira, qual seja: o Código de Processo Civil de 2015, Lei nº. 13.105/2015, estabelece em seu art. 489, §1º, a estrutura de uma decisão judicial (relatório, fundamentação e dispositivo), bem como hipóteses em que a decisão não é considerada fundamentada, como forma de “constranger” ao julgador em refletir sobre elementos essenciais discutidos na demanda.

se-ão os elementos argumentativos propostos por Stephen Toulmin (2006), quais sejam: dado, conclusão, qualificador, garantia, suporte e refutação⁶⁶.

Entretanto, esclarece-se que tais elementos serão utilizados tão somente com fins de melhor identificação dos recursos argumentativos utilizados nas decisões e eventuais petições a serem avaliadas nesta pesquisa, compreendendo-se que o “Modelo Toulmin” de argumentação não é declaradamente aplicado pelos julgadores do STF. Por isso, é possível que nem todos os elementos indicados acima sejam delimitados em dada decisão⁶⁷.

No mais, esses pressupostos são adiantados no sentido de esclarecer algumas das escolhas realizadas nesta pesquisa para uma investigação mais apropriada do objeto de estudo em tema e, antes ainda, de se expor questões mais intrínsecas ao caso concreto que se utilizará como suporte pragmático deste trabalho.

1.4 A proteção dogmática à liberdade e à igualdade de orientação sexual e à autodefinição de gênero e sua discussão moral: um diagnóstico jurídico-constitucional

Toda pessoa tem o direito de se relacionar com quem bem entender, seja ou não do mesmo sexo, sem ser discriminada? E, ainda, toda pessoa tem o direito à autodefinição de gênero, sem ser discriminada? Considerando os pressupostos e normas fundamentais da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a resposta positiva aos questionamentos propostos é quase automática e irreflexa. Justifica-se porque, dentre os direitos fundamentais, encontram-se a própria liberdade e a igualdade de orientação sexual e de identidade de gênero que, embora não expressas, integram o conteúdo específico dos direitos de liberdade e de igualdade.

Essas prerrogativas preceituam o permissivo jurídico aos indivíduos para se envolver intimamente com quem lhe aprouver, além da própria faculdade de sentir e ser o que quiser. Ademais, garante-se às pessoas o tratamento tolerante em relação às suas condições individuais e singulares. Em linhas objetivas, não se encontra na ordem jurídica brasileira, pelo menos, qualquer entrave legal e/ou constitucional à homossexualidade ou à autodefinição de gênero, tendo em vista a liberdade e a igualdade material asseguradas constitucionalmente.

⁶⁶ Em suma, o dado representa a premissa levantada que baseia a conclusão (ou alegação), a qual pode receber um qualificador modal de, por exemplo, possibilidade/probabilidade, que, por sua vez, é baseado num argumento de garantia, esta que possui um outro argumento de suporte da alegação, cabendo, porém, um argumento de refutação, representado pela expressão inicial “a menos que”, a qual tem a função de estabelecer as exceções possíveis (Toulmin, 2006).

⁶⁷ Reputa-se tal modelo como adequado e igualmente complexo à tarefa de fundamentação das decisões judiciais.

Sob um aspecto axiológico, a liberdade de orientação sexual ou, simplesmente, liberdade sexual, bem como de identidade de gênero, acham-se em um âmbito de discussão bastante amplo, que poderia se aprofundar numa extensa análise filosófica, social, moral e até mesmo religiosa. Contudo, ao abrigo dos ditames de um Estado laico, em que se instituiu o regime democrático, deve-se atentar ao conceito de liberdade fundamental. Esta, por sua vez, pressupõe a igualdade, nos moldes delimitados pela CF/88.

Nesse contexto, a liberdade sexual e de identidade de gênero dizem respeito à liberdade jurídica quanto à possibilidade de fazer ou deixar de fazer aquilo que se almeja, quando não há uma proibição legal a respeito. Portanto, o enquadramento semântico da liberdade jurídica também ocupa espaço no que se entende por permissão jurídica (Alexy, 2012). A igualdade material, igualmente, encontra guarida em tais considerações, na medida em que se revela como correlata à liberdade, bem como ao pressupor componente inerente à dignidade da pessoa humana.

Porém, é cediço que o Direito, especialmente na contemporaneidade, discute questões morais que, por razões político-legislativas, elevaram-se a contornos legais e de controle institucional, considerando sua importância de regramento para a convivência social. De todo modo, os juízos e conteúdos morais encontram lugar na própria dogmática jurídica (Alexy, 2012), uma vez que um estudo normativo não exclui, necessariamente, a análise de aspectos morais das relações interpessoais (Machado, 2008). Na verdade, a avaliação axiológica está atrelada à própria concepção de norma jurídica que restou moldada ao longo dos anos⁶⁸.

Paulo Nader (2014), ao discorrer sobre a teoria de Claude Du Pasquier quanto à relação entre Direito e moral, destaca que, para referido autor, visualiza-se a representação de um círculo secante em que há um ponto de intersecção entre Direito e moral. No entanto, fora dessa incidência mútua, há pontos/temas em que somente o Direito tem aptidão para abranger, acontecendo o mesmo com a moral. Nesse viés, a área de entroncamento entre Direito e moral reforça, novamente, que os valores fazem parte da Ciência Jurídica, mas dentro de sua linguagem e método específicos.

⁶⁸ Em síntese, a norma jurídica já teve seus estudos restringidos a aspectos lógicos e formais, com a divisão total entre Moral e Direito. Houve, posteriormente, sua reaproximação, mormente após a Segunda Guerra Mundial, que trouxe à tona a necessidade de se rediscutir e reconhecer direitos de caráter fundamental que protejam a dignidade da pessoa humana, mediante a compreensão e estudos sobre normas dessa natureza, com a cisão do gênero norma entre regras e princípios, para além da própria efetividade das normas de direitos fundamentais (Ávila, 2012).

E é justamente nesse cenário que os ânimos costumam se acirrar, isto é, quando assuntos de natureza inicialmente moral e valorativa necessitam de um revestimento jurídico, fazendo com que estudiosos, profissionais, formadores de opinião e a própria sociedade protagonizem intensos debates. Nestes, por vezes, a real finalidade é a defesa de uma opinião/convicção, sem exatamente haver um compromisso com a verdade, especialmente quando se considera o atual meio informacional em que essas discussões se encontram inseridas. Há um certo desprezo pelo conhecimento intelectual e especializado, ao se sobrepor o que se chama de conhecimento de multidões (Michiko, 2018).

Essa situação é também apurada em razão do próprio conteúdo que normalmente as normas fundamentais constitucionais apresentam, sendo incontável que sua avaliação não seja transferida para todos os ambientes sociais, sob vários aspectos. Esclarece-se isso também em razão do grau de interesse e relevância das matérias. Esses temas envolvem crenças e costumes de determinado povo, algo que tende a pulsar mais a argumentação para o âmbito ideológico de aferição. Tal fator é bastante preocupante, como dito em relação à defesa a todo custo e, por vezes, às cegas de convicções pessoais, resultando numa preterição da objetividade e da cientificidade.

No entanto, a nível de entendimento sobre normas jurídicas, regularmente instituídas, deve-se ter muita cautela para não confundir o tratamento moral com o tratamento legal/constitucional de determinado tema. Ressalte-se a possibilidade de proteção e oposição de prerrogativas quando se estar diante da perspectiva jurídica de certo conteúdo (Sunstein, Holmes, 2000), algo que não ocorre com demandas meramente morais. Entende-se, dessa forma, que questões aparentemente de caráter somente moral podem ser cientificamente determináveis (Harris, 2013)⁶⁹, a exemplo do que ocorre com o Direito que, por meio de uma ordem institucionalizada e segundo sua lógica científica, estabelece uma espécie de “rol” (não taxativo) de comportamentos e condutas que são regulamentados e, portanto, observados.

Dito isso, em retomada aos questionamentos iniciais deste item (Toda pessoa tem o direito de se relacionar com quem bem entender, seja ou não do mesmo sexo, sem ser discriminada? E, ainda, toda pessoa tem o direito à autodefinição de gênero, sem ser discriminada?); quando estes são deslocados para um lugar de conversa comum e informal entre

⁶⁹ Seria factível estabelecer julgamentos e definições sobre a moral concebida e existente na sociedade mundial, ao entender que a ciência é apta a traçar determinadas orientações, ainda que não seja de forma idêntica ao que ocorre nas ciências exatas (Harris, 2013).

amigos ou familiares, por exemplo, é possível identificar que algumas pessoas não lidam muito bem com esses direitos. Na verdade, observa-se que não há uma concreta e total tolerância sobre a faculdade de alguém relacionar-se ou até mesmo casar-se com uma pessoa do mesmo sexo ou quanto à possibilidade de alguém “redefinir” seu gênero em razão de concepções, vontades e sensações pessoais.

Essa constatação é extraída, por exemplo, das diversas manifestações contra o casamento homoafetivo, advindas de alguns cidadãos e figuras políticas no Brasil. Estes ainda não concordam com a decisão do STF que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, no ano de 2011.

Como exemplo, ainda, cita-se o projeto de Lei nº. 6.583/2013⁷⁰, de autoria do então Deputado Federal Anderson Ferreira, que intenta estabelecer o Estatuto da Família, o qual, em seu texto (art. 2º), define entidade familiar como “núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Ou seja, termina por discriminar as relações homoafetivas do próprio conceito de família, bem como aqueles que destoam de sua definição biológica de sexo e gênero. O texto é claro ao considerar apenas “homem” e “mulher” como componentes de uma família.

Outro exemplo diz respeito ao projeto de Lei nº. 5.167/2009⁷¹, com apresentação inicial anterior à decisão do STF acima mencionada, cujo autores foram os então Deputados Federais Capitão Assumção e Paes Lira, em que se busca determinar que nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou à entidade familiar. O curioso é que na justificativa deste projeto de Lei são utilizados majoritariamente argumentos e preceitos de natureza religiosos, advindos de textos bíblicos. Identifica-se uma prevalência expressa de dogmas e de crenças clericais sobre ditames legais e constitucionais, algo que vai de encontro ao que deveria ocorrer num Estado supostamente laicizado. Em 2023, reinaugurou-se a discussão sobre referido projeto numa tentativa recente de proibição legislativa quanto ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, consoante tratado no item 2.5, neste trabalho.

⁷⁰ Informação extraída do portal *online* da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em 19 abr. 2023.

⁷¹ Informação extraída do portal *online* da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432967>>. Acesso em 19 abr. 2023.

Esta situação tão somente faz denotar a enorme dificuldade que as pessoas, inclusive parlamentares, têm em discernir aquilo que pertence à esfera do imaginário social (em alguma parte) daquilo que é estipulado e protegido por normas constitucionais. Afinal, qual seria a real necessidade e eventual mudança, para o meio de convivência, que a exclusão de homossexuais do conceito de entidade familiar provocaria? A resposta encontra-se no próprio questionamento, de modo que o resultado seria a supressão e discriminação dos homossexuais daquilo que se denomina por entidade familiar, acarretando, além de uma exclusão social, uma possível exclusão jurídica de algumas prerrogativas no que concerne ao Direito de Família⁷². De outro lado, os estudos mais avançados nessa temática avaliam que, justamente sob a ótica constitucional, a entidade familiar não deve ser um núcleo ou conceito fechado, havendo inerente dinamicidade em sua abrangência (Costa Poli; Macedo Poli, 2013).

Sabe-se, no entanto, que há várias justificativas para além de convicções morais que não avaliam como correta a decisão do STF quanto à união e/ou casamento entre pessoas do mesmo sexo. Suscita-se, por exemplo, eventual violação do princípio da separação dos poderes, por entender que a Suprema Corte deliberou sobre objeto que deveria ter sido apreciado primeiramente no âmbito do processo legislativo. Justifica-se essa argumentação ao se compreender sobre as funções típicas de cada Poder da República. Porém, de todo esse contexto, destaca-se, mais uma vez, a possibilidade de confusão entre contornos morais e jurídicos que envolvem a matéria.

Desta feita, verifica-se que a temática da liberdade e da igualdade de orientação sexual e de identidade de gênero não é tão somente de caráter jurídico, mas também moral, despertando discussões ideológicas e valorativas. Este assunto, de certo modo, sempre se manifestou como um tabu nas sociedades modernas, ainda que os elementos de certa intolerância advenham, muitas vezes, de ideias preestabelecidas, já que não há nenhuma evidência de que o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo prejudique alguém, às famílias ou ao Estado Democrático de Direito. Tampouco, há evidências dessa eventual violação advinda de uma autodefinição de gênero diversa da binária.

É possível extrair que essa discussão está ainda mais acalorada nos últimos tempos, em que a busca por igualdade, liberdade, reconhecimento de direitos e tolerância está alastrada em

⁷² Entende-se que o não reconhecimento de um casal homossexual como família poderá acarretar repercussões negativas, especialmente no que concerne ao direito de herança e à adoção por casais do mesmo sexo, dentre outras.

diversos setores sociais. Esses temas, por exemplo, giram em torno da luta contra o racismo, pela igualdade de gênero, em favor da inclusão social em geral, além da própria liberdade sexual e de identidade de gênero, dentre outros. O impacto e a repercussão desses debates tendem ainda a ser maior diante das novas formas e meios de propagação/comunicação. Há movimentos sociais que emergiram majoritariamente da *internet* (Castells, 2017) e que ganham força paulatinamente, ocupando um novo espaço para o desenvolvimento da democracia.

Em meio a todo esse contexto, destaca-se a preocupação quanto à proteção da liberdade e da igualdade de orientação sexual e de identidade de gênero na esfera criminal, com a finalidade de se penalizar efetivamente o preconceito contra a população LGBTI. Destacam-se os números da violência no Brasil contra essas pessoas, em consideração às informações consultados na plataforma da Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas (DAPP – FGV), referente aos dados públicos sobre violência homofóbica no Brasil.

Em referida pesquisa⁷³, no que concerne aos tipos de violações de direitos contra a população LGBTI denunciadas no ano de 2017, apurou-se que, a cada dezenove horas, uma pessoa LGBTI foi morta no Brasil. A pesquisa ainda apresenta importante ponderação acerca da pouca divulgação de dados públicos sobre o assunto, seja em âmbito nacional ou local. Compreende-se que a disponibilização desses dados colabora diretamente para o fomento do debate público e para a possibilidade de avanços quanto à criação de políticas públicas que coíbam o preconceito e sua manifestação violenta.

Em outra pesquisa⁷⁴, referente ao relatório de mortes violentas contra a população LGBTI no Brasil, verificou-se que, no ano de 2018, foram registradas quatrocentos e vinte mortes por homicídio ou suicídio decorrente de discriminação de pessoas homossexuais ou transexuais. Disto, pode-se concluir que as diversas violações de direitos e manifestações preconceituosas contra pessoas LGBTI colimou, em forma de reação, no ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO nº. 26), tendo em vista a inércia do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia.

⁷³ Informação extraída do portal *online Diretoria de Análise de Políticas Públicas* da Fundação Getúlio Vargas (DAPP – FGV). Disponível em: <<http://dapp.fgv.br/dados-publicos-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-28-anos-de-combate-ao-preconceito/>>. Acesso em 25 mar. 2019; referente ao relatório da ONG Grupo Gay da Bahia (GGB), que atua no mapeamento de homicídios contra a população LGBT. *Link* direto para o relatório <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2019.

⁷⁴ *Link* direto para o relatório mencionado <<https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2019.

Por outro lado, tem-se a urgência da proteção dessas pessoas em um nível mais rigoroso de penalização aos ofensores/agressores, considerando todos os aspectos qualitativamente tratados acima. Observam-se as motivações e comportamentos que se inserem, geralmente, nessa problemática. De fato, a via legal e constitucional da discussão dessa matéria seria o Poder Legislativo, considerando suas funções típicas. Entretanto, ante a ausência de uma definição efetiva a esse respeito, o STF foi provocado para suprir e integralizar essa omissão, absorvendo todo esse clamor social e moral que o tema engloba.

1.5 A identificação da interseção moral e jurídica da matéria inserida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26

Em 19 de dezembro de 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO nº. 26), com base na inércia do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização de todas as formas de homofobia e de transfobia. Ressaltou-se também o contexto e a historicidade de uma crescente violência contra a população LGBTI.

Nos pedidos da ação, em síntese, pretendeu-se reconhecer a homofobia e a transfobia como crimes de racismo (art. 5º, XLII, CF/88) e, subsidiariamente, como discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CF/88). Requereu-se, ainda, a declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional para realizar a criminalização de tais comportamentos, com a respectiva determinação para a aprovação de legislação criminal que punisse a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta da pessoa.

Além disso, postulou-se a fixação de prazo razoável para que o Congresso Nacional legislasse sobre a criminalização das condutas em comento. E, em havendo mora, que o próprio STF tipificasse a homofobia e transfobia como crimes específicos, ao exercer sua atividade legislativa excepcional, por meio de aplicação dos termos da Lei de Racismo (Lei n. 7.716/89) ou de outra que venha a substituí-la. Por fim, pretendeu-se a responsabilização civil do Estado brasileiro, pela inércia quanto à indenização de vítimas de homofobia e de transfobia.

Apesar dos pleitos delineados na petição inicial da ADO nº. 26, a CF/88, em seu §2º, art. 103, dispõe que: “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva

norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Ou seja, não há previsão constitucional expressa de concessão de poderes para que o STF possa suprir – ainda que temporariamente – a mora do Poder Legislativo ou Executivo.

De outro lado, em sede de discussão e construção doutrinária, quanto aos efeitos de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão há, pelo menos, quatro teorias que estabelecem as possíveis soluções a serem tomadas pela Corte constitucional, conforme já referido brevemente em nota de rodapé nº. 5 deste trabalho.

Com mais vagar, tem-se que a primeira se refere à teoria “não-concretista”, que estabelece que, ao órgão jurisdicional, somente cabe o reconhecimento formal da inércia parlamentar e a consequente comunicação ao órgão competente (Congresso Nacional) para a elaboração e produção da norma regulamentadora necessária ao exercício do direito constitucional inviabilizado pela lacuna legislativa. A segunda denomina-se como teoria “concretista geral” a qual determina, ante uma ausência de norma regulamentadora, que o Poder Judiciário possa suprir diretamente a lacuna, de forma geral, isto é, ao realizar uma espécie de equiparação ou analogia com outras situações semelhantes (Didier Jr., 2012).

A terceira, chamada de teoria “concretista individual”, entende que, perante uma lacuna, o Poder Judiciário deva criar a regulamentação para o caso específico, com efeito entre as partes, não se estendendo a outros casos gerais. Por fim, tem-se a teoria “concretista intermediária”, que se condensa na união entre as teorias “não-concretista” e “concretista individual”, porque preconiza o dever do Poder Judiciário em, inicialmente, delimitar e declarar a omissão ao órgão responsável pela elaboração da norma regulamentadora, fixando-lhe prazo para suprimimento da lacuna e, ao expirar referido prazo que fora assinado pelo tribunal, este ficaria autorizado a suprir a lacuna para o caso concreto, isto é, somente em relação às partes integrantes do processo (Didier Jr., 2012).

No caso da ADO nº. 26, verifica-se a admissão da teoria “concretista geral”, uma vez que, além de reconhecer a omissão parlamentar, o STF realizou a efetiva complementação da lacuna, ao definir uma espécie de equiparação com o crime de racismo, segundo delimitação do significado histórico e técnico dessa forma de preconceito, em sede de julgamento de referida

ação⁷⁵. Assim, embora não se identifique uma previsão constitucional desse efeito, verifica-se a adoção prática pelo STF dessa base teórica, mormente ao considerar que a doutrina é fonte do Direito.

A ADO nº. 26 tem como pano de fundo a discussão sobre a proteção de uma minoria específica: a população LGBTI. Identifica-a dessa maneira por ser caracterizada como grupo humano cujos direitos são constantemente violados/não respeitados simplesmente em razão da orientação sexual e da identidade de gênero ser diversa de uma suposta maioria dominante (Lopes, 2011). Dessa forma, deve-se reforçar de imediato que a proteção e instrumentalização dos direitos da população LGBTI não deve ser tomada como uma questão de mera opinião, crença religiosa ou qualquer outra convicção pessoal. Trata-se, na verdade, de uma previsão constitucional de proteção de direitos fundamentais de todas as pessoas, as quais devem ser tratadas iguais e sem discriminação de direitos, independentemente da orientação sexual e/ou identidade de gênero.

Porém, sabe-se e reconhece-se que a questão da criminalização da homofobia e transfobia, em sede de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, é bastante controversa. Salienta-se a transcendência do tema em tela do mundo jurídico para o meio social e político (e *vice-versa*), considerando o conteúdo moral que rodeia essa questão. Esse debate que reflete convicções pessoais de indivíduos que julgam como inadequada ou não tolerável certo tipo de orientação sexual e/ou identidade de gênero.

De outro lado, isso confronta com o pensamento daqueles que defendem a total liberdade de relacionamento das pessoas. Ou seja, há um confronto de ideias e valores no que atine à orientação sexual e à identidade de gênero que acarreta debates que vão desde o ambiente familiar, por exemplo, ao ambiente jurídico e/ou político.

Contudo, em um país que institui o regime democrático, deve-se atentar ao conceito de liberdade fundamental que, por sua vez, pressupõe a igualdade, nos moldes delimitados pela Constituição Federal de 1988, sendo essa igualdade de caráter material e abrangente a todos. Isso, independentemente de orientação sexual e de identidade de gênero. Desse modo, quando um

⁷⁵ Segundo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, na ADO nº. 26, o STF não teria legislado e tampouco feito analogia para considerar a homofobia e a transfobia como racismo. Em suas palavras, a Corte constitucional entendeu que o termo “raça” não diz respeito apenas à cor do indivíduo, mas é um conceito mais abrangente que inclui aspectos históricos, antropológicos e sociológicos, assim como aqueles em que se encaixam a comunidade LGBTI. Em suma, a homofobia e a transfobia seriam espécies do gênero racismo (2019, *online*). Essa temática ainda será retomada com maior detalhamento nesta tese.

indivíduo é hostilizado ou violentado tão somente em razão desse fator, surge à necessidade de (re)avaliar suas garantias e direitos, no sentido positivo, ou melhor, na criação de eventuais medidas que coíbam atos que impeçam o exercício regular de sua liberdade de orientação sexual e/ou de identidade de gênero. Essa situação não afeta, em nenhum nível, a própria liberdade ou direito alheio, considerando que o “ser” de uma pessoa não tem o condão de violar prerrogativas ou deveres de outras, sendo simplesmente uma situação da vida íntima e privada.

O aspecto valorativo inevitavelmente teve sua apreciação direcionada à Corte Suprema deste país, para que esta se manifestasse a respeito da proteção da comunidade LGTBI, com suporte nas normas constitucionais e, portando, vinculativas. Para tanto, considerou-se que condutas discriminatórias se tornaram uma realidade cada vez mais palpável e cotidiana na sociedade brasileira. Esse cenário segrega e exclui fortemente pessoas com orientação sexual e identidade de gênero diversa da heterossexualidade e do binarismo (masculino/feminino).

Infelizmente, pode-se afirmar que a “agenda” preconceituosa quanto a esse tema tem suas raízes advindas de premissas religiosas que, muitas vezes, são invocadas para justificar atos contrários à liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero, ainda que seja “apenas” um discurso que promova a não aceitação de uma diferença de condição sexual e concepção de autodefinição de gênero.

Esclarece-se que não se defende aqui que a “Igreja” seja responsável por qualquer ato de violência contra a comunidade LGBTI ou tampouco faça apologia à homofobia e à transfobia. Entretanto, é forçoso reconhecer que alguns membros dessa instituição, com base em passagens bíblicas, argumentam sobre a não “naturalidade” e não “normalidade” em ter orientação sexual e/ou identidade de gênero distinta da heterossexualidade e do binarismo (masculino/feminino), respectivamente, bem como propagam pensamentos que denotam sua intolerância às famílias compostas por pessoas LGBTI.

Boaventura de Sousa Santos (2003) adverte sobre a lamentável realidade daqueles indivíduos designados por ele como “sub-cidadãos” ou “sub-incluídos”, por estarem numa posição de excluídos da sociedade em certa medida, obtendo mais deveres do que direitos. Por outro viés, há os “sobre-cidadãos” (“sobre-incluídos”), que são designados como aqueles que possuem mais direitos do que deveres, estando em posição privilegiada em relação aos primeiros. Há uma condição de desigualmente evidente, algo que repercute até mesmo na efetiva participação na tutela jurisdicional estatal.

Tal categorização, apesar de expressar uma noção de “sim-ou-não”, ou seja, exclusão total/inclusão total, que não considera variáveis situações e particularidades, pode representar um pouco da condição em que pessoas LGBTI se encontram. Percebe-se que estas, embora tenham todos os deveres de qualquer cidadão, por outro lado, não têm, muitas vezes, os mesmos direitos, em razão de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. Essas condições acabam sendo fatores discriminatórios para o acesso a prerrogativas simples, como já foi a do casamento.

Essa “classificação” da cidadania, ainda, elucida bem que os privilégios e interesses particulares de determinado grupo podem “sufocar” os direitos de outros, em um contexto de inexistência ou de frágil cidadania (Neves, 1994). No entanto, como resultado do processo contínuo de defesa e preservação de direitos humanos, exige-se, ainda mais, a inclusão desses indivíduos no corpo social, para além de aspectos meramente formais.

Cabe ao Estado elaborar e executar instrumentos para o fortalecimento da cidadania e liberdades dessas pessoas. Assim como não se interfere na vida íntima dos heterossexuais no que atine a sua preferência de parceiros e de condição sexual ou, ainda de identidade de gênero, não se deve fazer o mesmo com aqueles que possuem orientação sexual ou identidade de gênero distinta. Justifica-se isso no suporte da igualdade material, independentemente de convicções individuais.

Sabe-se, todavia, que, num ambiente democrático, naturalmente, as discussões tendem a ser mais enfáticas, exatamente em razão do maior grau de liberdade que se confere aos cidadãos e, igualmente, aos parlamentares que os representam. Inclusive, quanto à manifestação de opiniões sobre determinado assunto que tenha relevância legislativa.

Com efeito, em vista dos preceitos democráticos, o debate acaba por ser ampliado para o âmbito social, mormente ante o conteúdo moral do tema, como já dito. Por outro lado, o regime democrático pode ser apontado como falho exatamente quando examinado sob o viés ora apresentado, na medida em que se denota a inconstância da participação popular⁷⁶. Este torna-se de fácil distorção e manipulação pelos próprios líderes representativos (Goyard-Fabre, 2003). Nesse ponto, a eventual ambiguidade e vagueza de uma matéria com conteúdo moral, como é o caso tratado, assemelha-se à própria dificuldade quanto à definição e identificação dos contornos democráticos.

⁷⁶ Eneida Desiree Salgado (2011) contribui acerca dessa discussão ao defender sobre a necessidade de maior participação de minorias no próprio debate público e junto às instituições políticas, como forma também de concretizar a igualdade material.

O direito à liberdade e à igualdade de orientação sexual e de identidade de gênero, por sua vez, têm delineamentos próprios e força normativa advinda da própria Constituição Federal, como já referido. Sobretudo, as prerrogativas de igualdade (art. 5º, inciso I, CF/88) e de liberdade (art. 5º, inciso II, CF/88) previstas, motivo pelo qual se entende que tais direitos são também mera decorrência do regime democrático. Este estabelece a limitação de atuação do Estado, especialmente quando este incorre em abuso de poder ou viola direitos individuais, no sentido de garantir a pluralidade de ideias, pensamento, escolhas e condições pessoais.

Em contrapartida, deve-se considerar também que a democracia está sujeita e sofre constantemente distorções. Na verdade, a possibilidade de desvios ou manipulações sobre o regime democrático é alertado desde a Grécia antiga por Platão (Goyard-Fabre, 2003), por exemplo, o qual considerava a democracia como regime defeituoso e que detém a demagogia como sombra.

Nessa perspectiva, na conjuntura ora apresentada, há riscos que podem incidir diretamente sobre o regime democrático quando seus preceitos são violados ou não observados, mormente numa situação que envolve certa tensão entre os poderes instituídos, isto é, Poder Legislativo e Judiciário. Assemelha-se isso à hipótese da transferência do debate político da criminalização da homofobia e da transfobia para o ambiente judicial, ainda que mediante um instrumento processual próprio. Essa situação culmina numa discussão sobre intervenções entre as funções, separação de poderes, ativismo judicial, credibilidade e legitimidade dos parlamentos e supressão de competências, devendo-se atenção à repercussão disso sobre os preceitos democráticos.

De fato, entende-se que a via legal e constitucional do tratamento e deliberação sobre essa matéria seria o Poder Legislativo, considerando suas funções típicas. No entanto, ante a ausência de uma definição efetiva a esse respeito, o STF foi provocado para suprir e integralizar essa omissão, absorvendo todo esse clamor social e moral que o tema engloba. Há, obviamente, uma relação direta entre autoridade e regulação nesse ponto. Para o que ora se discute, isso revela-se bastante pertinente, na medida em que a discussão judicial do tema da criminalização da homofobia e da transfobia demonstra também uma incapacidade ou desinteresse político em resolver, com eficiência, as insatisfações dos cidadãos prejudicados.

Com isso, retarda-se injustificadamente a criação de regras com o objetivo de proteção à liberdade e à igualdade individual, independentemente de convicções ou crenças pessoais,

considerando a própria configuração do Brasil como Estado Democrático de Direito e seu dever de proteção aos direitos fundamentais. A regulação é, então, imprescindível para se pacificar o entendimento sobre esse assunto, concedendo *status* impositivo.

Pautas dessa natureza intensificam o debate público, vez que tocam uma área que diz respeito aos costumes cultivados em dada sociedade; quando, na verdade, justamente por serem relativas à esfera privada dos indivíduos, não deveriam ser objeto recorrente de tanto “alvoroço”. Repita-se, a liberdade e a igualdade de orientação sexual e de identidade de gênero não ferem qualquer outro direito, ao passo que a coibição ou mera ameaça a essas prerrogativas assim o faz.

Nesse sentido, um comportamento homofóbico ou transfóbico deveria ter seu rechaço legal há muito mais tempo pela legislação nacional, a partir de amplo e profundo debate no Congresso Nacional. Contudo, por alguns motivos que ainda serão objeto de análise nesta pesquisa, isso não foi possível, tendo o STF que solucionar essa questão.

Por outro lado, direitos fundamentais devem ser pauta constante de proteção e garantia em um regime democrático, razão pela qual os Poderes constituídos devem convergir para um diálogo que abranja essas preocupações, considerando seu intento final de pacificação social. Ao se denotar um ambiente de pluralidade de ideias, igualmente, depara-se com confrontos morais, os quais terminam por ser solucionados pelo Estado, seja em sua posição legislativa ou judicial, como é caso.

Vislumbra-se que, se a sexualidade e a autodefinição de gênero alheiam não fossem alvos de tantos “achismos”, provavelmente, já existiriam normas mais contundentes quanto à defesa da comunidade LGBTI. Verifica-se que não há razão técnico-jurídica para se excluir essas pessoas da atenção estatal, tampouco há razões éticas ou humanitárias. Afinal, não há muita divergência quando o assunto é coibir qualquer tipo de violência, por que, então, houve a necessidade de uma ação constitucional específica para tolher condutas violentas às pessoas LGBTI? Suspeita-se de que isso é advindo de divergências ideológicas, algo que será investigado no capítulo seguinte desta tese.

Em retomada, como dito no início deste capítulo, juízos de valor ou moral não são matematicamente testáveis. Porém, juridicamente, é possível aferi-los por meio da prática argumentativa, identificando-os como “corretos” ou “incorretos” no âmbito de disposição da Constituição Federal, com o devido contraste com os comportamentos manifestados em cada contexto. Desse modo, o Direito, o qual evoluiu segundo uma ótica humanista, prossegue na

salvaguarda de liberdades individuais que não causam prejuízos ao outro e, portanto, revestem-se da qualidade de direitos fundamentais.

A orientação sexual e/ou identidade de gênero de uma pessoa não devem estar condicionadas ao interesse ou intenção alheia. Por isso, é causada muita estranheza o fato de a regulamentação penal no sentido de obstar a violência a esses indivíduos tenha ocorrido de forma tão tardia e somente após a intervenção judicial.

Há também uma carência no que concerne a uma estruturação estável de fundamentação das normas de caráter tanto morais quanto jurídicas, sejam advindas da esfera legislativa ou judicial. Percebe-se que não há objetivamente uma possibilidade de instauração de um consenso racional nesse cenário (Costa, 2005), ou ainda, não se identifica um procedimento que efetivamente assegure uma construção metódica e criteriosa de fundamentação decisória, sendo isso também decorrente da pluralidade e diversidade de ideias e concepções teóricas.

Nada obstante, tem-se que é a própria fundamentação que concede legitimidade à decisão e, por via de consequência, à norma resultante desse processo. Providencia-se, pois, a exposição e transparência das razões que delimitaram a solução encontrada, razão pela qual a fundamentação decisória se exhibe como um dos objetos essenciais de análise desta pesquisa, exatamente por ser um artefato intelectual externo, acessível e controlável (Toulmin, 2006). A fundamentação das decisões pode ser observada e fiscalizada, segundo os preceitos constitucionais e legais, sendo ainda a base de estudo para a extração do significado moral das normas.

Diante da inexistência de uma verdadeira teoria da normatividade das decisões judiciais, torna-se possível a realização desse tipo de estudo por meio da identificação das razões e argumentos que sustentam determinada conclusão. É possível segundo critérios racionais e científicos para a interpretação de normas jurídicas, apesar de sua “multidefinição”.

Por outro lado, a atividade legislativa deveria funcionar no sentido de representar e apaziguar os anseios sociais, porém, muitas vezes, afere-se uma intensificação de mais conflitos, a partir de um jogo político e intenções eleitoreiras que visam o fomento de debates ideológicos e não sua confluência. Com efeito, alguns desses debates são transferidos para o ambiente de apreciação judicial, como foi o caso da criminalização da homofobia e da transfobia, com base na inércia ou mora dos congressistas, sendo este o ponto primordial do próximo capítulo.

2 A INFLUÊNCIA DO CONTEÚDO MORAL NA POSTERGAÇÃO DA DISCUSSÃO PARLAMENTAR SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA: UMA ANÁLISE QUALITATIVA E QUANTITATIVA DA OMISSÃO LEGISLATIVA

Neste capítulo, far-se-á um exame sobre o modo pelo qual o teor axiológico associado ao tema da criminalização da homofobia e transfobia promove tensão na relação entre Poder Legislativo e Judiciário, sobretudo, em razão da morosidade daquele em conferir resolução em termos normativos para tais condutas discriminatórias, algo que culminou na apreciação de uma ação específica de declaração de inconstitucionalidade por omissão perante o STF, o qual preencheu a lacuna existente no ordenamento jurídico por meio de deliberação judicial.

A análise qualitativa e quantitativa da omissão legislativa a que se refere o título deste capítulo diz respeito justamente aos aspectos cotejados do cenário fático em que se insere o tema de fundo, de seu tratamento no ambiente legiferante e da identificação da pendência parlamentar em tela; a serem consolidados a partir de três grandes pontos de partida.

Primeiro, essa investigação se delimita pelos fundamentos teóricos e hipotéticos acerca da problemática de transferência dessa discussão para o âmbito de competência do STF. Segundo, exploram-se os diversos atos e projetos de leis que não tiveram finalização para criminalizar a homofobia e a transfobia, ocasionando a omissão em comento. Terceiro, há de se compreender eventuais consequências desse entrelace, ou melhor, empate entre instituições, proveniente de um quadro constante de ausência de diálogo e falha na correspondência normativa com a realidade social.

Numa explanação mais detalhada, esta parte da pesquisa cinde-se em seis itens, pelos quais se objetiva perpassar pelas adversidades suscitadas no “jogo” democrático, mormente aquelas protagonizadas pelo Congresso Nacional e o STF, em virtude da omissão daquele em legislar sobre a criminalização da homofobia e da transfobia. Abrange-se, aqui, desde a questão da crise entre os poderes – em decorrência da discussão sobre a competência da Suprema Corte para deliberar sobre a matéria –, impasses quanto à judicialização de pautas legislativas e a repercussão disso na intersecção entre moral e Direito que o tema exige sobre o regime democrático, além de se averiguar quantitativamente a omissão legislativa como justificativa para a proposição da ADO nº. 26, até os efeitos políticos de todo esse fenômeno.

Destaca-se também a própria influência do conteúdo moral do caso em evidência na postergação de sua discussão parlamentar, uma vez que a inércia legislativa pode expressar a ausência de vontade política para sua resolução em virtude de convicções pessoais e ideologias nutridas pelos parlamentares e por seus eleitores/representados.

Com efeito, apresentar-se-á o contexto de omissão legislativa quanto à criminalização da homofobia e da transfobia em contraponto à intervenção do STF, sob duas perspectivas, uma qualitativa e outra quantitativa. Explica-se. Inicialmente, dedicar-se-á à análise de argumentos e embasamento teórico/doutrinário sobre o tema, de modo a se apontar o suporte fático e jurídico referente à morosidade do parlamento para conceder regulamentação a essas condutas, extraíndo-se repercussões negativas aos alicerces do próprio Estado Democrático de Direito.

Investigam-se as tensões entre Poder Legislativo e Judiciário ocasionadas por um assunto de grande relevância social e de interseção moral, política e jurídica; ocasião em que serão estudadas: a problemática para além da (in)competência do STF para decidir sobre o tema: a repercussão de crises e tensões entre os poderes (item 2.1); a judicialização de pautas legislativas como resultante de anseios e do apelo social e a potencial fragilidade do regime democrático (item 2.2) e os efeitos da intersecção entre moral e Direito sobre o regime democrático e sua possibilidade de distorção ante a transferência de pautas legislativas para o ambiente judicial (item 2.3).

Em seguida, expor-se-á especificamente sobre os dados oficiais e números relativos à atividade legislativa do Congresso Nacional – Câmara dos Deputados e Senado Federal – extraídos de seus respectivos endereços eletrônicos na rede mundial de computadores, com vistas a avaliar concretamente as informações disponíveis, a fim de oferecer uma espécie de panorama que explique a judicialização desse debate, com dados avaliados até a revisão final desta tese.

Para tanto, serão estudadas: a ADO nº. 26 como consequência da morosidade e da omissão parlamentar para combater atos discriminatórios e intolerantes (item 2.4); a justificativa quantitativa do apelo social à intervenção do STF no caso da ADO nº 26, com apresentação dos números e dados da omissão legislativa (item 2.5), a pendência legislativa sobre a criminalização da homofobia e da transfobia e o efeito *backlash*, a partir da atuação contramajoritária do STF (item 2.6) e quanto à inexistência de proteção eficaz no ordenamento jurídico brasileiro antes da ADO nº. 26 ante à particularidade experimentada pela população LGBTI (item 2.6.1).

2.1 A problemática para além da (in)competência do STF para decidir sobre o tema: a repercussão de crises e tensões entre os poderes

Uma das principais abordagens e pedidos da ADO n.º. 26 é a equiparação da homofobia e da transfobia ao crime de racismo, argumentando-se que este delito é gênero do qual advêm espécies, devendo-se resultar no reconhecimento e criminalização da homofobia e da transfobia dentro do ordenamento jurídico brasileiro, vez que essas condutas decorrem da própria lógica de segregação e discriminação da comunidade LGBTI. Como fundamento, expõe-se, na petição inicial da ação em tela⁷⁷, sobre a historicidade do racismo no contexto brasileiro, em consideração à violação sistemática de direitos propagadas em razão de uma forma de preconceito, algo que pode ser transposto para a realidade da população LGBTI, a qual convive diariamente, e há muito tempo, com situações constrangedoras e que inibem o exercício regular de suas liberdades pessoais, mormente a sexual e de identidade de gênero.

Como dito, para esta pesquisa, sob a perspectiva constitucional, no âmbito das garantias e direitos fundamentais, o direito à liberdade engloba igualmente a liberdade sexual e de identidade de gênero, sendo uma norma fundamental de suporte fático amplo, segundo os pressupostos científicos adotados por Virgílio Afonso da Silva, ou seja, diz respeito a um direito que, de antemão, protege toda ação, estado ou posição jurídica que tenham mínima relação ou características que façam parte do âmbito temático de dado direito fundamental, sendo abrangido por seu campo de proteção, não havendo exclusão *a priori* de qualquer conduta. É possível, porém, sofrer restrição fundamentada a partir da análise concreta da situação, apenas (Silva, 2010).

Os postulantes da ADO n.º. 26 compreenderam também que a criminalização da homofobia e da transfobia decorre do próprio proibitivo constitucional contrário às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CF/88). Dessa forma, em referido dispositivo constitucional, determina-se que “lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, manifestando-se este dispositivo como matriz constitucional para fundamentar a criminalização da homofobia e transfobia. Todavia, dentro de um Estado Democrático de Direito, em que se pressupõe a harmonia entre os Poderes da República, com separação respectiva de suas funções, além da

⁷⁷ A consulta à íntegra da ação e peças foi possível pelo link: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/dashboard>>, referente ao sistema de virtualização de processos do Supremo Tribunal Federal, com utilização da certificação digital da autora desta tese. Acesso em 15 de mar. 2023.

existência dos preceitos do Direito Penal quanto à legalidade e anterioridade da lei punitiva; não é factível concluir, à princípio e automaticamente, pela criminalização de tais condutas por meio de atuação direta do Poder Judiciário, embora se admita sua urgência de tratamento na esfera criminal.

Por outro lado, diz-se que a liberdade sexual e de identidade de gênero têm sua proteção posta em confronto com outra liberdade constitucional: a de expressão; algo que pode ensejar na utilização desse direito como subterfúgio para exprimir e propagar ideias homofóbicas e transfóbicas, ao se invocar o suposto exercício regular do direito de liberdade de expressão para este fim. Além disso, seguindo esse raciocínio, pode-se apontar que a criminalização da homofobia e da transfobia teria o potencial de penalizar pessoas por “simplesmente” manifestarem seu pensamento. Apesar de o direito de liberdade de expressão ser uma norma fundamental, ele não é absoluto, mesmo diante da admissão de um suporte fático amplo, vez que pode ser restringido segundo as peculiaridades do caso concreto (Camurça; Correia, 2012).

Considerando essas diversas contraposições e a própria ampliação do debate público sobre o tema, o STF foi então provocado para agir como espécie de solucionador viável do problema, sendo posicionado no centro da discussão, para também cumprir a finalidade de apaziguamento social. Apura-se, com isso, que os sistemas jurídico, moral e político, na verdade, estão em constante irritabilidade (Neves, 2013), não havendo comunicabilidade diferenciada entre estes.

Dito de outro modo, a linguagem e o código de cada campo de compreensão social estão sendo alocados em domínios comuns, sem haver uma correta identificação das peculiaridades de cada sistema. Isso torna a própria aplicação do Direito e das normas jurídicas potencialmente mais fluídas e inseguras, vez que recebem influências de questões políticas e morais, sem uma devida adaptação e análise de compatibilidade com o conteúdo jurídico, culminando numa espécie de “contaminação” ideológica de temas do Direito. Em síntese, o STF acaba por ser tomado como um receptáculo de todos os pontos não resolvidos ou preteridos pelo Poder Legislativo – Congresso Nacional, especificamente.

Não ocorre de forma diferente com o tópico da criminalização da homofobia e da transfobia, tendo em vista que, ante à omissão legislativa sobre o assunto, o STF novamente foi “convocado” para suprir a não definição legal em baila. Por isso, percebe-se que há uma

problemática muito além da discussão sobre a competência ou não do STF para decidir sobre a criminalização da homofobia e transfobia.

Nesse cenário, verifica-se a constatação de outro fenômeno, isto é, quando a política pode ser desautorizada pela democratização da esfera pública e, no caso, do Poder Judiciário (Beck, 1944), considerando a ampliação dos meios e dos conteúdos a serem discutidos. Esclarece-se que não se coloca tal fato como um problema necessariamente, mas como uma possibilidade de dificultar e tornar mais complexas as relações entre os atores políticos, judiciais e a própria sociedade.

O fato é que a discussão de matérias ainda não solucionadas previamente no âmbito do Poder Legislativo está sendo constantemente transferida para o campo de atuação do STF, mediante a utilização dos instrumentos processuais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro. Como exemplo, cita-se a decisão que autorizou a interrupção da gravidez de feto anencéfalo (ADPF 54), a própria ação em curso sobre a descriminalização do aborto (ADPF 442), a ação constitucional sobre a prisão em segunda instância (ADCs 43, 44 e 54), além do debate quanto à (i)legalidade do porte de drogas para consumo pessoal (RExt 635.659) – todos esses assuntos que, em tese, não foram apreciados pelos congressistas ou possuem alguma lacuna interpretativa na ordem jurídica.

Contudo, o problema de o STF ser colocado no meio desse cenário vai muito além da questão quanto a sua (in)competência constitucional para decidir sobre tais assuntos ou no que tange ao conflito entre os Poderes da República, especialmente quando se discute a criminalização da homofobia e da transfobia. Deve-se, pois, destinar atenção também às causas e ao contexto de seu protagonismo nesse ambiente de controvérsia social, bem como sobre os eventuais efeitos práticos de sua decisão, especificamente quando se refere aos impactos no contexto sociopolítico contemporâneo do Brasil.

Em primeiro lugar, identifica-se a cronicidade da incorporação do “mito do herói”⁷⁸ na sociedade brasileira, que tende a apontar uma espécie de único salvador que representará a

⁷⁸ Essa constatação também é decorrente da chamada inversão de ordem de conquistas de direitos, algo que gerou uma espécie de “estadania” e não cidadania efetiva, de modo que os direitos políticos (de segunda geração/dimensão) não foram subsequentes ao exercício dos direitos civis (de primeira geração/dimensão), vez que o povo, em verdade, não influenciou ou participou dos grandes debates quanto aos rumos do país (Carvalho, 2002). Com efeito, os direitos sociais terminaram por se manifestar de forma mais significativa, sendo mais valorizados, portanto; não havendo uma consolidação dos demais anteriormente, algo que resultou na pouca credibilidade sobre os

concretização de todos os direitos fundamentais para o desenvolvimento do regime democrático (Carvalho, 2002). Atrelado a esse fator, tem-se o fortalecimento do descrédito aos participantes do Poder Legislativo e inclinação para a criminalização da política, com base no cenário de frequentes escândalos de corrupção e inúmeros processos e investigações que envolvem agentes públicos e políticos, que são notoriamente conhecidos.

Desta feita, o STF termina por simbolizar a instância viável e legítima de assunção de diversas pautas reivindicadas pela população, representando o fórum soberano de discussão, inclusive, de temas que originalmente deveriam ter sido apreciados pelos congressistas, como é o caso da criminalização da homofobia e transfobia. Com tantas crises instaladas na política brasileira, o STF encontra também apoio e atenção social quanto à valorização de sua atuação.

Paulo Bonavides disserta sobre o retrato de uma crise constituinte⁷⁹ no Brasil, a qual historicamente já representa sua própria crise de legitimidade (Bonavides, 2013), que, dentre outros aspectos, diz respeito justamente à dificuldade ou, até mesmo, incapacidade de se estabilizar a execução de um regime político, repercutindo negativamente na estrutura institucional/governamental e em sua atividade. Não se verifica, assim, um reconhecimento seguro das lideranças pelo povo, na verdade, não se visualiza deste uma disposição de confiabilidade quanto aos órgãos, entes e agentes públicos em geral, especialmente quando se depara com os parlamentares.

A natureza política das normas de direitos fundamentais, em certa medida, igualmente corrobora as tensões entre Congresso Nacional e STF e, diante da omissão legislativa sobre a temática da criminalização da homofobia e da transfobia, verifica-se ainda mais uma cisão de argumentos no meio social e anseio por respostas das instituições públicas. Neste caso, em detrimento da função dos legisladores, o STF é chamado para solucionar definitivamente o embate.

Em segundo lugar – e atrelado a tudo já apreciado – verifica-se a problemática relativa à performance ativista do STF, ou seja, quando este, em sua função interpretativa-julgadora, termina por criar normas gerais e abstratas que, rigorosamente, não possuem precedente disposição advindo da deliberação legislativa. Em prol da satisfação urgente de um reclamo,

parlamentares e supervalorização dos chefes do Poder Executivo e, atualmente, dos componentes do Poder Judiciário.

⁷⁹ A crise constituinte seria, portanto, o ápice e o cúmulo das transgressões intensas a direitos fundamentais, causando profunda instabilidade ao regime institucional (Bonavides, 2013).

muitas vezes, de caráter social, o STF apresenta uma resposta proveniente de sua atividade criativa, agindo como uma espécie de “Poder Moderador” do debate público.

Lenio Streck (2018, *online*), inclusive, já teceu considerações acerca do que denominou de “voz das ruas” como crítica ao perfil de atuação contemporâneo da Suprema Corte, que se apresenta como flexível ao apelo social, segundo o autor. Na verdade, em referido texto, Streck entende que se estar diante de uma época em que a realidade e as urgências sociais se sobrepõem às normas constitucionais, ainda que estas são prevejam o raciocínio defendido pela “voz das ruas”. Com isso, a interpretação constitucional se torna “consequencialista” e “decisionista”, de modo que a realidade social tem predominância sobre a Constituição Federal. No mesmo sentido, ter-se-ia uma “democracia plebiscitária”, que dependeria de uma espécie de aval do corpo social.

Nessas circunstâncias, infere-se que a confrontação entre Poderes Legislativo e Judiciário resta mais intensa, reconhecendo-se novamente a relação difícil entre Política e Direito (Neves, 2013) e suas respectivas funções, principalmente diante da abrangência material das normas constitucionais, que as aproxima e as tenciona⁸⁰. Considerando, pois, o avanço do descrédito da população brasileira para com os parlamentares, o STF é visto como via possível de resolução das maiores inquietações sociais, pendendo-se, de certa forma, a interferir diretamente nas funções dos legisladores.

Contudo, é preciso avaliar que essa situação pode ter um efeito reverso à imagem da Corte Suprema, haja vista os posicionamentos controversos e a instabilidade dos procedimentos adotados por referido tribunal. Dessa forma, arrisca-se a afirmar que o STF tem sido alvo de grandes questionamentos, perdendo um pouco de seu reconhecimento técnico, especialmente em meio aos estudiosos do Direito. Explica-se.

Conrado Hübner Mendes (2018, *online*) entende que o STF, numa visão pragmática, “agride a democracia”. Em texto dissertativo publicado na Folha de São Paulo, em 28 de janeiro de 2018, com atualização em 02 de março do mesmo ano, o autor arguiu que o tribunal em questão assumiu uma posição de “Poder Tensionador”, deixando de ser até mesmo o Poder Moderador que já havia incorporado em sua atividade.

⁸⁰ Um exemplo do cotejo frequente entre os agentes políticos e judiciários ocorre quando se depara com a judicialização de políticas públicas, sob a justificativa de concretização de direitos sociais (Bucci, 2006), momento em que resta patente a dificuldade em se estabelecer uma demarcação exata do que seja atividade, no caso, administrativa ou judicial.

Em consequência, o STF passa a disseminar incertezas e incita mais os conflitos, uma vez que os ministros atuam de maneira insegura quanto aos seus próprios entendimentos e não apresentam ritos e procedimentos estáveis, que possam orientar os jurisdicionados. No mesmo artigo, Mendes questiona até mesmo a isenção dos ministros, o excesso de poder sobre os ritos, a paralização específica do andamento de alguns processos, argumentando que o STF “abdicar do (seu) papel constitucional e ataca a democracia”.

Além disso, o autor em tela defende que o STF faz parte da própria crise existente no Brasil, não sendo mais um “aplicador equidistante” das normas jurídicas, fazendo parte do próprio jogo político, com seus próprios interesses⁸¹, adversários e parceiros, não havendo segurança efetiva de como, quando ou por que irá decidir. Nessa perspectiva, o STF seguiria uma agenda não apenas jurídico-constitucional, mas também política, de modo que sua forma de interpretar o Direito resultaria numa verdadeira substituição do texto constitucional por uma decisão do STF, usurpando-se uma função que é essencialmente política e, até mesmo, agindo como uma espécie de poder constituinte autônomo.

O STF também recebe críticas quanto à utilização da teoria da mutação constitucional, isto é, Flávio Pedron (2012) disserta que o tribunal constitucional age, em determinadas situações, como verdadeiro legislador positivo sob a falsa justificativa de que estaria fazendo uso da teoria da mutação constitucional, ao proferir uma decisão vanguardista. O autor ainda considera que o STF esvazia e distorce a teoria da mutação constitucional, a qual pressupunha o ambiente de crise do Positivismo Jurídico alemão e não seria autorizada para substituir normas constitucionais na realidade brasileira. Para Flávio Pedron (2012), o STF efetivamente altera as normas da CF/88 ao interpretar erroneamente a teoria da mutação constitucional em um cenário de Estado Democrático de Direito em que ela não se aplicaria, fomentando seu decisionismo ao substituir normas por decisões.

Em terceiro lugar, dentro desse contexto de incertezas quanto aos posicionamentos dos ministros do STF, verifica-se a problemática da abusividade da aplicação dos princípios normativos, em detrimento de regras jurídicas claramente existentes no ordenamento jurídico (Neves, 2013). Há, portanto, uma potencialidade quanto à violação do princípio da separação de

⁸¹ Como exemplo dessa situação, tem-se a decisão do Ministro Luiz Fux (AO 1773/DF) que revogou a liminar que concedia auxílio-moradia aos magistrados quando o então Presidente Michel Temer sancionou o reajuste para os Ministros do STF no final ano de 2018. Claramente, há uma espécie de “barganha” entre os interesses econômicos do país e os interesses remuneratórios dos ministros do STF.

poderes no momento em o STF age como uma espécie de “fórum de princípios” (Dworkin, 2010b) e recepciona todos os clamores sociais, para fins de criação de novas normas cogentes.

Na atualidade, a população se sente mais capaz de participar diretamente de decisões importantes do país, haja vista a utilização de meios tecnológicos de comunicação que supostamente têm a função de encurtar essa relação, passando a exigir, assim, respostas rápidas do Poder Público. Contudo, deve-se alertar sobre a rasa educação quanto à relevância e seriedade no manuseio desses novos instrumentos de interlocução, sob pena de o diálogo democrático ser prejudicado (Bauman, Donskis, 2014), tendo em vista a deflagração de notícias falsas e não comprometimento com a verdade.

Nada obstante, a participação popular é uma via inerente à própria existência estatal, na medida em que os indivíduos têm melhores condições de mensurar os riscos e consequências (positivas e negativas) que atos do poder público podem suceder sobre eles (Kant, 1989).

Em retomada ao raciocínio sobre a atuação do STF, tem-se que uma espécie de crise institucional generalizada termina por requisitar a maior intervenção deste tribunal na “escolha” dos rumos fundamentais da sociedade brasileira. No entanto, percebe-se que isso pode causar, por outro lado, certa insegurança jurídica quanto ao conteúdo e a forma de se proceder no tocante à matéria em análise. Desta feita, afere-se que a investigação sobre a (im)possibilidade de o STF decidir sobre a matéria objeto deste trabalho é muito mais complexa do que normalmente se apresenta, haja vista todo o cenário de causas e efeitos que o tema imprime.

A partir deste tópico, identifica-se uma tensão institucional e social sobre o assunto, além de uma questão histórica que se reforça quanto à descrença popular na classe política e, especificamente, nos parlamentares. Há o agravamento também da crise de legitimidade justamente em razão da omissão legislativa sobre um ponto tão importante para a convivência social, culminando na necessidade da apreciação do tema pelo Poder Judiciário, sendo este mais um fato inarredável dos motivos que qualificaram essa matéria como pertinente à apreciação da Suprema Corte brasileira.

2.2 A judicialização de pautas legislativas como resultante de anseios e do apelo social e a potencial fragilidade do regime democrático

O regime democrático, apesar de ampla e mundialmente aceito, é alvo de diversos questionamentos e dúvidas, desde seus primórdios, sendo, por outro lado, tomado como melhor

regime de governo dentre os outros existentes. Não há dúvidas de que a democracia possui inúmeros problemas, especialmente no que tange à sua implementação, mais do que em sua concepção.

Nesse sentido, em consideração justamente às eventuais dificuldades decorrentes da instituição de um regime democrático, visualiza-se que há potenciais riscos à sua prática que são inerentes ao próprio “jogo” democrático e sua execução, no entanto, entende-se que tais riscos podem ser acentuados, a depender da situação e do modo que as instituições se relacionam no âmbito de um Estado de Direito.

No contexto brasileiro, como mencionado, identifica-se que, há algum tempo e com maior frequência, o Supremo Tribunal Federal é provocado para dirimir lides emergidas de um entrave originalmente do meio político, funcionando até mesmo como uma espécie de substituto ao legislador em virtude da omissão parlamentar para deliberar acerca de determinada matéria. O tema da criminalização da homofobia e da transfobia é fruto da necessidade de regulamentação de uma legislação mais rigorosa e eficiente para o combater a discriminação por questões de orientação sexual e identidade de gênero, mormente quando se constata a ocorrência de inúmeros crimes cometidos por essa motivação e, de outro lado, a inexistência de meios capazes de cessar ou reprimir esses atos.

Entretanto, essa espécie de transferência de pautas legislativas para o âmbito de discussão e decisão do Poder Judiciário pode acarretar inúmeras consequências, as quais podem, inclusive, afetar negativamente aos preceitos democráticos, na medida em que se verifica a instabilidade e a confrontação de suas bases ideologicamente concebidas, mediante o conflito de competências entre os poderes.

Nessa perspectiva, percebe-se a relevância e a própria abrangência do debate sobre a criminalização da homofobia e da transfobia pelo STF, algo que, num vislumbre hipotético, poderá resultar numa maior fragilização do Estado Democrático de Direito, acaso não haja uma melhor condução da relação com o Parlamento, considerando que há uma certa distorção das funções legislativa e judiciária, dentre outras questões a serem tratadas neste item e no subsequente.

No desenvolvimento de sua jurisdição constitucional, o STF se ativa justamente no sentido de também proteger grupos fragilizados (Barboza, 2007), como é o caso da comunidade LGBTI. Defende-se, inclusive, que a atuação dessa jurisdição constitucional pode ter como

finalidade a efetivação de medidas ou normas que seriam originárias da atividade de outros poderes, tal como Legislativo e Executivo (Chiovenda, 1968). Com efeito, ante essas ponderações e a realidade brasileira, esse embate se revela essencial para o melhor desenvolvimento do ofício de todas as instituições envolvidas, mormente para uma melhor delimitação ou diagnóstico acerca da própria jurisdição constitucional.

No julgamento da própria ADO nº. 26, em seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski considera que o tema da criminalização da homofobia e da transfobia abrange justamente uma questão política, discorrendo que a omissão do parlamento naquele caso culminou diretamente para que o tribunal funcionasse como uma instituição que albergasse os anseios dos cidadãos que são, geralmente, excluídos do debate político. Com isso, os parlamentares evitam em lidar com eventuais decisões impopulares. O ministro, portanto, esclarece, em seu voto, que referida ação é uma manifestação própria dessa tensão entre o corpo social, o político e o jurídico (voto do ministro Ricardo Lewandowski, 2019, BRASIL, 2019, ADO nº. 26).

A população brasileira divide-se entre aqueles que mantêm uma postura mais progressista e aqueles que cultivam um pensamento mais conservador, razão pela qual assuntos relacionados à orientação sexual e à identidade de gênero continuamente exibem-se como verdadeiros tabus, com forte carga de vieses ideológicos. Isso também é ocasionado pela influência histórica e notória da Igreja Católica aos costumes e à moral social deste país. Com isso, a voz dos parlamentares, especialmente em temas com essência costumeira, busca ser o reflexo da voz de seus eleitores, sendo isso uma rica fonte de barganha no jogo político-eleitoral, na medida em que estes representantes intentam satisfazer aquilo que é mais conveniente ao seu próprio público votante.

Esse confronto ideológico e moral é, portanto, repercutido no cenário de discussão legislativa, de modo que, vez ou outra, depare-se com um novo “alvo” de debate em torno da orientação sexual e a identidade de gênero, como ocorreu no caso da criminalização da homofobia e da transfobia, em que, de um lado, parte da população brasileira é a favor da tipificação dessas condutas e, de outro, encontra-se total contrariedade. Em consequência, tem-se um engessamento quanto à uma efetiva resolução sobre o assunto, seja por vontade política ou até mesmo por eventual surgimento de um abismo maior entre povo e o Legislativo, bem como pelo alvoroço que se poderia verificar em meio à sociedade, assim como ocorreu na discussão sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Sem uma solução pacífica e concreta advinda do Parlamento, a população mais afetada (LGBTI), vê-se em meio a um ambiente de discriminação e ausente de proteção sobre suas liberdades fundamentais, tendo no STF a última via possível para se estabelecer uma definição sobre essa reivindicação, há muito tempo intentada, conforme ainda será tratado nesse capítulo.

Como protagonista dessa decisão, o STF é centro das atenções não só dos cidadãos interessados, como também da mídia, que esperam por respostas, além dos próprios parlamentares que lutam por essa modificação legislativa. Embora não seja função da Suprema Corte a concessão ao apelo social e midiático sobre as questões por ela deliberadas, é inevitável que haja uma certa influência disso nas pautas do STF, decorrente das impressões que repercutem sobre os ministros e sobre o próprio tribunal, a depender também do momento político existente no país.

Por sua vez, o Parlamento enfrenta um crescente desprestígio causado pela corrupção estruturada na política brasileira, bem como ante a sua inabilidade e morosidade ao atendimento das necessidades dos cidadãos, ocasionando o surgimento de mais lacunas (e descontentamentos) quanto a sua atuação que, paulatinamente, foram preenchidas pelo STF, o qual assumiu uma postura cada vez mais ativista, segundo convicções retóricas e pessoais, para além das constitucionais (Recondo; Weber, 2019).

Esse cenário resvala direta e negativamente na estabilidade das instituições e no desenvolvimento do regime democrático, na medida em que pautas originalmente legislativas começam a ser constantes dentro do âmbito de deliberação do STF, enfraquecendo a suposta relação de harmonia entre Poder Judiciário e Legislativo, prevista na Constituição Federal. Apesar de a ampliação do debate sobre temas ligados à liberdade dos indivíduos seja majoritariamente benéfica à democracia, não são ignorados os riscos gerados pelos recorrentes confrontos e interferências entre os poderes, em razão dessa nova convocação do STF para sanar uma omissão legislativa, mormente em matéria criminal.

Além disso, considera-se igualmente a própria perspectiva social no que diz respeito à maneira de relacionamento entre STF e Congresso Nacional, na medida em que, a depender de sua condução, o resultado poderá ser um descrédito a ambas as instituições, bem como uma sensação de insegurança sobre a população, a qual fica em meio a diversos conflitos, seja de teor ideológico, político ou jurídico, o que pode gerar margem para mais desconfianças, ainda que

haja uma ânsia de resolução sobre as pautas político-democráticas, que se deslocam do Legislativo para o Judiciário, persistentemente.

Registra-se que, inclusive, como exemplo desse embate entre poderes, o próprio caso da criminalização da homofobia e da transfobia, em sede de ADO nº. 26, destaca-se; vez que, no dia 1º de fevereiro de 2019, ao abrir o ano judiciário, sob a Presidência de Jair Bolsonaro, o então Presidente do STF, Dias Toffoli, em seu discurso, ressaltou a necessidade de o tribunal não se exibir como uma espécie de instância alternativa ou recursiva do debate público, devendo ser àquele o momento oportuno para uma espécie reconciliação entre os poderes, enfatizando que o STF não deveria assumir o protagonismo da política. Seria esse um discurso de entendimento entre as instituições, bem como de distanciamento do STF das pautas políticas e legislativas, não fosse o fato de o ministro (Toffoli) ter pautado para julgamento, na semana exatamente seguinte a referido discurso, o caso da criminalização da homofobia e da transfobia (Recondo; Weber, 2019).

Os aspectos formais e materiais sobre o julgamento, votos, acórdão, argumentos, dentre outros, quanto à ADO nº. 26 serão tratados com mais detalhes no capítulo derradeiro dessa tese. Contudo, para o momento, insta mencionar que o ministro relator de referida ação, Celso de Mello, em seu voto, assumiu um tom expresso e diametralmente oposto às convicções ideológicas do então Governo Bolsonaro, quando disserta, em suma, sobre a ideia de mundo segundo a qual “meninos vestem azul e meninas vestem rosa” impor sobre a comunidade LGBTI uma limitação aos seus direitos e liberdades fundamentais que seria inadmissível, vez que esse “padrão existencial heteronormativo” seria dissonante de uma sociedade democrática diversa e plural. Isso, numa espécie de retruco ao discurso da então ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos Damares Alves que, à época, proferiu a frase citada pelo Relator (Voto, Min. Celso de Mello, 2019, BRASIL, 2019, ADO nº. 26).

Ao se analisar a fundamentação do relator, ministro Celso de Mello, resta evidente que os sistemas jurídico e político se confrontam e estão numa inevitável relação de posição e sobreposição (e vice-versa), transpondo-se constantemente no “palco de argumentação” do debate público, na medida em que se verifica que, numa deliberação do STF, levou-se em consideração uma declaração (à época, recente) de um agente político que ia de encontro ao entendimento judicial.

Outro ponto alto de tal voto foi a mudança de posicionamento do ministro Alexandre de Moraes, o qual vinha sinalizando sobre sua contrariedade quanto à Corte criminalizar as condutas de homofobia e de transfobia, com base na analogia ao crime de racismo, porém terminou por acompanhar integralmente o voto positivo do Relator. Além disso, seguiram no mesmo sentido Luís Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin e Rosa Weber, algo que já adiantava o placar vitorioso em favor da criminalização.

Em reação, o Congresso Nacional, especialmente por aqueles inseridos na ala evangélica dos parlamentares, já começava a liderar uma possível reversão a esta decisão por meio da aprovação de um projeto de lei. Como se não bastasse, parlamentares que integravam a base governamental pediram o *impeachment* dos ministros que votaram pela criminalização da homofobia e da transfobia, em tal ocasião (Recondo; Weber, 2019).

Em consulta ao endereço eletrônico do Congresso Nacional⁸², extrai-se que Deputados protocolizaram perante o então Presidente do Senado, Davi Alcolumbre, pedido de *impeachment* dos ministros Celso de Mello, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes (Petição SF, nº nº 6, de 2019). O pedido foi recebido em 27 de fevereiro de 2019, sendo um de seus principais fundamentos a configuração de crime de responsabilidade tipificados nos incisos III, IV do art. 39 da Lei nº. 1.079 (agir com desídia no cumprimento de suas atribuições e de modo incompatível com a dignidade e decoro do cargo), ao considerar que tais ministros teriam violado o princípio da separação de poderes, ao legislarem em substituição aos parlamentares que, efetivamente, foram eleitos pelo povo.

O texto ressalta que o julgamento se deu com base em “fundamentos duvidosos” e que referidos ministros teriam ofendido a garantia constitucional fundamental quanto à anterioridade da lei penal e da reserva legal. Apesar de o pedido não abordar propriamente o mérito da ADO nº. 26, é no mínimo curioso que, dentre os Deputados peticionantes, estavam aqueles vinculados à bancada conservadora, tais como Marco Feliciano (PODE-SP), Alexandre Frota (PSL-SP), à época e Marcio Labre (PSL-RJ). Em 31 de dezembro de 2020, o pedido foi indeferido pela Presidência da Câmara.

Essa maneira em lidar com decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, entre os parlamentares, apesar de legítima e constitucionalmente prevista, provoca uma intensificação da

⁸² Disponível em:< <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135548>>. Acesso em: 19 abr. 2023.

crise entre as instituições, sobretudo, em razão do caráter de retaliação e ameaça adotado. A reação dos parlamentares expressa também uma insatisfação quanto à condução mais ativista da Corte em matérias de costumes e moralidade social, algo que espelha as considerações feitas nesta tese sobre os constantes embates ideológicos e axiológicos entre congressistas e julgadores.

Há, portanto, uma divergência clara entre o pensamento progressista dos ministros do STF e uma postura mais conservadora de alguns parlamentares, que igualmente reflete o raciocínio de uma parte da sociedade brasileira, representada por estes.

Contudo, essas várias divergências entre poderes são temerárias, na medida em que o próprio regime democrático pode ser afetado em seu núcleo essencial, quando se identifica o abismo para um efetivo diálogo entre os representantes das cúpulas da República, algo que repercute negativamente na impressão da população, vez que fomenta uma instabilidade para o direcionamento das decisões políticas mais relevantes deste país. O STF, inclusive, vem perdendo certo respeito e prestígio ao se inserir com maior frequência no debate político, como uma espécie de “Poder Tensionador”, consoante abordado no item 2.1 desta tese.

Entretanto, na ADO nº. 26, havia uma questão efetiva quanto à ampliação e proteção de direitos e liberdades individuais, algo que, novamente, foi transportado para o ambiente político de debate, justamente em virtude do conteúdo moral envolto ao assunto, de forma a mesclar opiniões e entendimentos tanto jurídico-axiológicos como políticos-ideológicos. Por outro lado, nada obstante a omissão legislativa, o imbróglio argumentativo quanto à competência do STF em suprir tal ausência normativa sempre foi um ponto sensível para deslegitimar sua decisão final nesta demanda.

Ainda que haja uma dúvida razoável e críticas contundentes sobre a performance mais proativa da Corte, é fato que o STF seguiu preceitos da fundamentação decisória, do contraditório e do devido processo legal, algo que, sob a ótica procedimental, ao menos, tem-se como constatável a conformidade constitucional. Por ora, pode-se dizer que não houve uma manifesta violação às disposições constitucionais, tendo em vista a condição do STF de intérprete final da Lei Fundamental.

Todavia, essa situação desencadeou, como visto, uma massiva desaprovação sobre o trabalho dos ministros e do próprio tribunal, causando mais distanciamento e conflito entre as instituições republicanas. Conquanto parte do Legislativo possa discordar da decisão, aponta-se que a forma de reação vista não se qualifica como mais adequada para fins de se estabelecer uma

aproximação e diálogo mais amistoso entre os poderes. O significado dessa situação é o realce ao clima de animosidade.

Lembra-se que o “dever-ser” inerente à Ciência Jurídica associa-se à axiologia das formas, estando compromissado em conectar-se à realidade e suas prospecções, mas também com as fontes do Direito (Constituição, Legislação, Jurisprudência, Doutrina *etc.*); para, assim, definir as bases para a atividade interpretativa dos hermeneutas (Dezan; Cunha, 2018). Com efeito, a identificação dos valores contidos nas normas jurídicas constitucionais é tarefa do STF, este que não pode estar sujeito a ameaças à sua atividade de intérprete. Embora possam-se realizar inúmeras críticas ao tribunal e aos ministros, não se pode olvidar de sua importância e função constitucional para o engrandecimento da democracia participativa. O positivismo jurídico não é, em si mesmo, suficiente à resolução de problemas jurídicos, especialmente aqueles mais complexos e inseridos num contexto de valoração normativa, razão pela qual sejam discutíveis tentativas de represálias ao STF transvestidas de *impeachment*.

Se uma decisão se encontra fundamentada, debruça-se sobre sua expressa motivação para extração dos significados e resultados alcançados. Se há discordância quanto ao seu conteúdo, que haja exposição por meio de um diálogo mais pacífico, a fim de preservar tanto as instituições, como as bases democráticas já edificadas. É preciso, portanto, muita cautela nessa transferência de pautas legislativas para STF, exigindo-se do Congresso uma real atenção para suas omissões com o fito de evitar atingir-se situações como essa, bem como a própria postergação de tratamento de temas tão sensíveis e urgentes para a sociedade.

Independentemente da questão de mérito em si sobre a criminalização ou não dessas condutas (homofobia e transfobia), ter conhecimento sobre seus impactos no núcleo essencial do regime democrático; especialmente no caso do Brasil (que vem passando por recentes e notáveis crises institucionais); é relevante no sentido de aprimorar a relação entre os poderes, além de prevenir mais crises. No mesmo sentido, é inadiável ao STF tornar a comunicação com o Congresso possível e rotineira para estabelecer uma espécie de integração e entendimento sobre as pautas político-jurídicas mais necessárias, de modo a prevenir supressão de omissões do Legislativo pelo Judiciário.

Embora nesta pesquisa a autora posicione-se pessoalmente a favor da criminalização da homofobia e da transfobia pelo STF, não se pode ignorar as eventuais consequências dessa decisão às estruturas democráticas do país, sobretudo, porque nesta tese se busca avaliar não

apenas o contexto da decisão em si, mas o teor dos argumentos utilizados para extração do conteúdo moral das normas aplicáveis ao caso, que, por mais que se demonstrem válidos, é indispensável avaliar potenciais distorções aos preceitos democráticos, conforme será detalhado no item seguinte.

2.3 Efeitos da intersecção entre moral e Direito sobre o regime democrático e sua possibilidade de distorção ante a transferência de pautas legislativas para o ambiente judicial

Considerando a própria intersecção e amplitude temática que a matéria em questão conota, concede-se margem para o um debate plural e difuso, principalmente numa democracia, algo que se reputa bastante positivo. Contudo, pode-se afirmar que há possíveis repercussões negativas à democracia na hipótese de eventual judicialização de pautas originalmente legislativas, como é o caso da criminalização da homofobia e transfobia. Isso, gera mais tensões entre os poderes, mormente no contexto brasileiro contemporâneo em que se percebem graves crises institucionais.

Porém, essa problemática não é própria do assunto ora estudado, na verdade, há certa inerência à democracia quanto à maleabilidade e crises em seu núcleo fundamental, ou seja, quando os preceitos da democracia são analisados criticamente, pode-se identificar concepções que, adianta-se, possuem certa ambiguidade (Goyard-Fabre, 2003). O regime democrático pode ser distorcido justamente por sua natureza abrangente e plural quanto os debates que surgem no corpo social.

Assim, alguns riscos e repercussões negativas podem ser visualizadas à democracia quando o STF, em sua atuação, realiza a criminalização da homofobia e da transfobia. Primeiramente, deve-se examinar as prescrições fundamentais deste regime para, então, analisar suas distorções contingentes e de que maneira isso pode refletir na questão da criminalização da homofobia e da transfobia operada pelo STF. Dito de outro modo, a seguir, entender-se-á sobre os pressupostos da democracia e seus problemas, transpondo-os especialmente para a modernidade.

O regime democrático originou-se sob duas ideias fundamentais: liberdade e igualdade, as quais devem ser garantidas e respeitadas, sob o signo da limitação do exercício da autoridade e intervenção estatal. Outra característica é a designação da necessidade de participação popular no

governo, direta ou indiretamente, mediante criação e aplicação de normas gerais e individuais da ordem social, não havendo correlação primordial com a realização da vontade do povo em si, segundo o que este poderia entender como bem comum (Kelsen, 2000a), devendo-se, todavia, garantir sua cooperação nas decisões políticas.

Lembra-se que a democracia não é um produto ou artefato concreto, sendo caracterizada como uma abstração conceitual que fora criada e convencionada pela humanidade. Por isso, suas prescrições exigem compreensão no plano das ideias para adequado alinhamento com a realidade, de modo que somente a práxis social tem a potencialidade de delinear efetivamente sua forma de manifestação, considerando também a evolução histórica, social e cultural de determinado Estado e de sua comunidade. A democracia tem seu significado e significância atribuídos pelas pessoas (seus criadores) e, portanto, pode ter sua essência conceitual adaptada.

Assim, ao se estabelecer que os indivíduos devam ser livres e iguais para viabilizar sua integração nas decisões políticas mais importantes do Estado, identifica-se uma sucessão de controvérsias e dificuldades nessa aplicabilidade que surgem naturalmente, em razão da plasticidade do contexto político-social.

Hans Kelsen sustenta que o problema da liberdade seria também o problema central da democracia e que, em conjunto com a igualdade, estes seriam elementos do próprio relativismo político, na medida em que, na sua visão, são impraticáveis simultaneamente, no entanto, sua construção política exige sua combinação (Kelsen, 2000a), denotando-se uma espécie de junção imposta de ideias que, por vezes, resultam em confabulações problemáticas, sobretudo no âmbito da prática social. Nesse contexto, temas que pressupõem uma discussão mútua sobre liberdade e igualdade têm potencial de alargar bastante o debate, que pode ser falho na construção de um diálogo contundente e exitoso, considerando os apelos ideológicos e morais.

Disto, apura-se que a liberdade pressupõe configuração mais profunda para que se possa visualizar e assegurar seu efetivo exercício pelos indivíduos, de modo que ela não deve ser meramente formal ou protocolar. Ocorre o mesmo com a igualdade, justamente a fim de providenciar essa participação popular nas decisões do governo referida por Kelsen, por ser elemento essencial de um regime democrático. Assim, a liberdade condiciona, em termos práticos, seu próprio exercício (Sen, 2000), algo que está atrelado à situação social, econômica e política do indivíduo.

Não é possível garantir liberdade a um cidadão sem que este tenha devido acesso aos canais de atendimento do serviço público e, muito menos, quando este não se beneficia do direito à educação, considerando que a ignorância é uma forma de aprisionamento que tolhe liberdades como de expressão e participação. A exemplo disso, cita-se a ausência de liberdade econômica que tem o potencial de culminar numa situação de compra e venda de votos, vez que o cidadão, em situação de vulnerabilidade e até mesmo desconhecimento, vê-se “cativado” e facilmente convencido a permutar seu direito ao voto por dinheiro ou coisa que o valha, com o objetivo de manter a si próprio ou sua família (Sen, 2000).

É difícil ser livre ou ter liberdade de escolher o voto quando falta alimento a um filho. No mesmo raciocínio, a igualdade não é bem desenvolvida quando uma pessoa que necessita de determinado tratamento especial, em razão de uma deficiência física, é vista pelo Poder Público em igualdade de condições com uma pessoa sem essa deficiência, algo que se adequaria ao conceito de igualdade formal, mas não preencheria o significado material de igualdade, que determina o tratamento desigual aos desiguais.

A democracia, para ser efetiva, portanto, necessita de desenvolvimento, que deve englobar também o desenvolvimento econômico, social, cultural e histórico de dada sociedade, para que seus membros possam contar com o exercício de suas liberdades e serem tomados como iguais de maneira concreta. Não é possível afirmar que uma pessoa pobre ou deficiente física, como no exemplo citado, seja, de fato, livre e igual, respectivamente, considerando as diversas limitações que deve enfrentar em razão de sua situação financeira e/ou física. Igualmente, é difícil considerar que uma pessoa pertencente a um grupo minoritário seja tão livre quanto àqueles que formam a “maioria”, tendo em vista as restrições impostas ao exercício de seus direitos em decorrência de condições pessoais e/ou sociais, como é o caso da comunidade LGBTI, que é alvo de uma discriminação enraizada neste país.

O desenvolvimento culmina na obtenção e fortalecimento da democracia, na medida em que quanto mais moderna a sociedade mais chances esta tem de ser democrática (Dahl, 2005), devendo-se primar por uma sociedade plural e heterogênea e não elitista (Ely, 2010). No entanto, essa tarefa não é fácil e sua tentativa de concretização pode resultar em eventuais distorções ou deturpações da concepção democrática.

Como dito, já na Grécia antiga, Platão descrevia a democracia como regime defeituoso, tendo como sombra a demagogia, estando em contraposição à tirania, mas com potencialidade de

ser desvirtuada para as formulações desta última. Este era o chamado realismo de Platão sobre a democracia (Goyard-Fabre, 2003). Essa perspectiva de Platão justifica-se pelas próprias dificuldades extraídas do exercício dos preceitos da democracia, especialmente pelo maior e considerável grau de liberdade concedido e, conseqüentemente, mais possibilidades de ocorrer desvios/manipulações. No regime oligárquico ou até autoritário, não há ampla margem de liberdade, não havendo oportunidade de desvios, pois não há escolhas ou participação popular⁸³. Na democracia, há um confronto constante entre idealização, possibilidade e realidade, haja vista, como já mencionado, a imprevisibilidade do cenário político-social.

Na realidade, o debate sócio-democrático é repleto de riscos (Finley, 1988), motivo pelo qual quanto menos desenvolvido é o regime democrático menos sólidos e profundos são seus alicerces (liberdade/igualdade) e, com isso, resta facilitada sua desvirtuação e manipulação, ocasionando riscos diretos e concretos à democracia. Dessa visão geral, passa-se a avaliar dificuldades mais peculiares no tocante a alguns problemas no curso do desenvolvimento do regime democrático.

Numa República, a democracia sofre com uma interferência negativa do populismo, o qual tende a manipular e sujeitar o povo a escolhas que, algumas vezes, não tiveram sua regular participação, do que emerge tão somente uma simbologia da República e da própria democracia para o imaginário popular (Carvalho, 1990) e, assim, apesar de o cidadão dever ser protagonista desse contexto (Agra, 2005), muitas vezes, não o é; mas mero coadjuvante ou até mesmo figurante.

Nesse aspecto, nota-se a ocorrência de debates que foram direcionados, isto é, quando o povo é induzido a discutir de determinada forma sobre determinado objeto, tendo em vista a influência persuasiva de seu líder. Além disso, percebe-se no meio social, especialmente brasileiro, frequentemente, o surgimento da ideia de que um único dirigente político seja capaz de representar e defender a conquista de todos os direitos fundamentais para o desenvolvimento da democracia. Entretanto, de ressaltar que, apesar disso, os cidadãos, cada vez mais, demonstram desconfiança no poder público (Carvalho, 1990), conforme anteriormente analisado.

Outro problema contemplado no âmbito de um regime democrático é o da mentira, havendo tendência de os governantes mentirem com maior constância para seu próprio povo do

⁸³ Platão defendia o entendimento de que o poder deva estar nas mãos da minoria (Held, 1995), argumentando que a liberdade e igualdade não têm consistência junto da autoridade.

que para outros líderes. A mentira é mais comum para líderes democráticos do que autoritários (Mearssheimer, 2012), por isso, essa questão é tratada com bastante cautela e atenção no estudo do regime democrático. No entanto, o problema da mentira não emerge somente entre os líderes em si, mas também na própria discussão popular e geral. Explica-se.

No meio informacional atual, essa temática da mentira se manifesta ainda mais preocupante, na medida em que o acesso aos meios virtuais não necessariamente garante sua utilização útil e consciente, considerando a ausência de políticas públicas que promovam a educação da população sobre a importância de sua posição como ator político e, especialmente, responsabilidade respectiva. Nesse contexto, a democracia termina por ser vitimada pelo não compromisso com a verdade quando se constata diversas notícias falsas e/ou fabricadas, no intuito de se promover a manutenção ou alcance do poder na política, algo que se fortifica quando se está diante de um eleitor que não se preocupa ou não sabe diferenciar o fato da ficção (Michiko, 2018).

No entanto, o problema da verdade, ou melhor, da mentira na democracia não diz respeito apenas a encontrar uma forma de identificá-la e extirpá-la (D'ancora, 2018), mas antes disso, deve-se preparar os eleitores para não a consumi-la e tampouco a referendá-la. Num cenário no qual as pessoas preferem ficar “protegidas” e isoladas em seus próprios grupos e tentam somente confirmar suas próprias convicções (Michiko, 2018), tem-se até mesmo uma certa resistência em aceitar quando aquilo que se acreditou inicialmente é falseado – mesmo ante as evidências apresentadas –, sendo este um sintoma bastante grave de que a verdade pode ser tolhida nesse ambiente informacional, restando a própria existência da democracia (Michiko, 2018), ao se considerar a necessidade de se confirmar uma crença própria⁸⁴.

Outro problema é que não necessariamente a política pressupõe a verdade, esta não é uma virtude intrínseca a essa atividade (Arendt, 2017) e, sendo o regime democrático o meio em que a política pode ser desenvolvida, a mentira e a manipulação terminam fazendo parte desse ambiente pela manutenção ou alcance do poder, razão pela qual a possibilidade de se “controlar” ou induzir que eleitores consumam informações falsas ou distorcidas ganha força ante ao meio tecnológico, o qual ainda não encontra muitos limites em termos de legislação.

⁸⁴ Esse tema é compreendido também, no âmbito do estudo da cognição humana, como viés cognitivo de confirmação, segundo o qual há uma tendência de raciocínio nos indivíduos em interpretar informações de maneira a reforçar/confirmar crenças já preexistentes (Kahneman, 2012).

Considerando a possibilidade de se expor uma “ideia” de forma cada vez mais fácil e pouco controlável ou questionável via *internet*, a existência de “donos da verdade” ou “especialistas de *Facebook*” tornou-se cotidiana no ambiente virtual, caracterizando aquilo que é denominado por conhecimento de multidões que, muitas vezes, não tem o compromisso com a verificação dos fatos, havendo claro descaso com a própria verdade (Michiko, 2018). Diante disso e da própria manobra de alguns políticos em convencer seus eleitores de suas crenças e fomentar a desinformação, o conhecimento efetivamente especializado vem perdendo espaço e sendo diariamente desacreditado por autoridades as quais deveriam primar pela preservação da verdade (Michiko, 2018)⁸⁵.

Assim, na tentativa de tomar ou manter o poder, algo que faz parte da política, tenta-se prejudicar o conhecimento real com notícias falsas e, conseqüentemente, deslegitimar intelectuais, criando-se uma rede de manipulação, em que somente se acredita naquilo que necessariamente corresponde a uma crença, na medida em que a capacidade de mentir e deliberadamente negar a verdade se torna comum neste cenário (Arendt, 2017). É comum deparar-se, no ambiente político, com debates acirrados em que há uma clara busca pela razão e não pela verdade, em que alguns parlamentares politizam vários assuntos com intuítos eleitoreiros.

Num ambiente de processamento de demanda judicial, por outro lado, crenças e convicções não devem substituir o próprio conhecimento jurídico e a previsão normativa, consoante aplicação de métodos hermenêuticos, razão pela qual, por mais que seja inevitável a influência de preconceções subjetivas dos ministros no desenvolvimento de sua fundamentação e disposição final, a estes não é permitido empunhar isso como eixo de deliberação, esta que deve ser motivada em termos legais e constitucionais.

O julgamento da ADO nº. 26 engloba uma carga densa de argumentação axiológica e moral, mas não por isso sua resolução se distanciou da análise sob a ótica da interpretação constitucional, conforme será delineado no capítulo final desta tese. Com efeito, um caso judicial não pode se pautar por seus aspectos políticos, sob pena de se prejudicar a separação os poderes e a própria autonomia dos sistemas de decisão em um regime democrático.

⁸⁵ Exemplo disso é o que aconteceu recentemente no Brasil e nos EUA (entre os anos de 2018 e 2022 especialmente), quando seus principais governantes atacam constantemente a mídia e jornais específicos quando estes noticiam algo que, de alguma forma, pode enfraquecer sua imagem ou quando a opinião ou análise de um verdadeiro especialista não os agrada.

Todavia, de todo esse contexto, pode-se apontar ainda algumas repercussões da problemática quanto à deturpação da democracia sobre o tema central deste trabalho, isto é, a judicialização da criminalização da homofobia e transfobia e sua deliberação pelo STF. Essa deturpação pode ser verificada a partir dos pressupostos teóricos inicialmente explanados neste item e seu consequente emprego ao objeto específico de estudo.

Dessa forma, em arremate, constata-se que, primeiro, há uma relação direta com o denominado ‘mito do herói’ – já citado –, uma vez que a população passa a depositar sobre a Corte Suprema brasileira a confiança quanto à resolução dessa questão, que não obteve resultado advindo do Poder Legislativo, que se manteve omissivo. Segundo, avalia-se que a demora da regulação desse tema ocorre também em função do tratamento das liberdades de orientação sexual e de identidade de gênero como uma questão de mera opinião e não como um direito fundamental, algo que atrasa o processo legislativo ao ser considerado um “conhecimento de multidões” em detrimento da previsão da Constituição Federal quanto ao dever de não discriminação.

Terceiro, observa-se a influência persuasiva de alguns parlamentares para representar interesses de seu eleitorado e de suas convicções ideológicas, retardando a elaboração de normas para a regulamentação dessas condutas. Por fim, os preceitos de liberdade/igualdade terminam por ser desvirtuados na tentativa de defender um argumento ou ponto de vista, ainda que não embasado constitucionalmente, isto é, quando se intenta inibir a criminalização da homofobia e da transfobia por questões alheias ao ordenamento jurídico.

2.4 A ADO n°. 26 como consequência da morosidade e da omissão parlamentar para combater atos discriminatórios e intolerantes

As diversas violações de direitos e manifestações preconceituosas contra pessoas LGBTI culminaram, em forma de reação, no ajuizamento da ADO n°. 26, tendo em vista a inércia do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização de todas as formas de homofobia e de transfobia, haja vista a urgência da proteção dessas pessoas em um nível mais rigoroso de penalização aos ofensores/agressores, considerando ainda os números da violência no Brasil contra esses indivíduos (mencionados no item 1.4 desta tese).

No entanto, apesar de admitir-se que a criminalização dessas condutas fosse imprescindível e urgente, a forma que foi operada (deliberação judicial) tende a afetar

diretamente os preceitos do regime democrático brasileiro, segundo a avaliação hipotética e prospectiva feita a partir dos pressupostos teóricos e práticos delineados nos itens imediatamente anteriores a este.

Acrescente-se, porém, que a democracia, essencialmente, não é um regime que fomenta o consenso, pelo contrário, em razão dos princípios da liberdade e igualdade tratados, é inerente à democracia o surgimento de conflitos (Novaes, 2007), considerando a pluralidade de ideias que se pressupõe. Por isso, tem-se que é normal que o debate de uma matéria originalmente legislativa alcance ao Poder Judiciário, visto que, quanto maior a participação popular no governo e nas decisões políticas, maior a possibilidade de sua repercussão atingir também a Corte Suprema, esta que se torna um grande refúgio dos anseios sociais e protagonista da discussão, além de fazer a “lide” amplamente conhecida, acessível e debatida no meio social.

Com isso, haja vista os próprios riscos naturais e as distorções da democracia, as tensões institucionais inclinam-se à intensificação, especialmente no tocante à separação de poderes e distribuição de funções, uma vez que se estabelece um ponto de discussão direta entre Legislativo e Judiciário. Considerando as dificuldades em se estabelecer um diálogo frutífero sobre a criminalização da homofobia e transfobia no âmbito do Congresso Nacional, bem como ante a lacuna na proteção penal de liberdades individuais, a saber, orientação sexual e identidade de gênero; a ADO nº 26 se revelou como melhor alternativa para integrar o ordenamento jurídico nesse aspecto.

A comunidade LGBTI e, claro, o povo brasileiro como um todo, não tinha uma previsão efetiva do momento em que esse tema teria uma resolução no Parlamento, tendo a ADO nº. 26 se mostrado como uma real expectativa de concretização dos direitos fundamentais violados pelas condutas de homofobia e de transfobia. Todavia, a deliberação do STF concede margem a outras problemáticas, inclusive, à fragilização da relação entre instituições da República.

No entanto, eventuais ameaças em face da harmonia entre os poderes e estímulo à crise institucional, por si só, não afastam a responsabilidade do Parlamento quanto à morosidade no tratamento dessas matérias, tampouco se retira a importância do resultado advindo do processamento da ADO nº. 26, vez que, sem isso, muito provavelmente, ainda se estaria diante de uma ausência normativa em um ponto fundamental de regulação. De outro lado, a população LGBTI estaria sem proteção mais rigorosa de seus direitos. O Parlamento não atuou em tempo

satisfatório para atender parcela da população brasileira ampla e conhecidamente prejudicada, ao passo que o STF apresentou resolução concreto para tanto, após devidamente provocado.

Nesse cenário, apesar de a criminalização das condutas de homofobia e de transfobia diretamente pelo STF, e não pelo Poder Legislativo, ter a possibilidade de acarretar riscos aos ditames democráticos – tendo em vista a maleabilidade e intersecção que o assunto provoca, dentre outras razões – ressalva-se, contudo, que a omissão parlamentar não se mostra justificável. Isso, ainda que diante de entraves eventuais ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Tampouco aqui se defende uma espécie de reversão ou se critica a deliberação do STF em seu mérito, razão pela qual interessa que as instituições estejam suficientemente fortes e preparadas para lidar com essas vicissitudes da dinâmica democrática, evitando que seu núcleo essencial de manutenção e existência não seja atingido por motivos que, como visto, são inerentes à amplitude da participação social nas decisões políticas mais importantes de um país.

Sob ótica diversa, a “protagonização” do STF para agir em decisões políticas não debatidas e resolvidas satisfatoriamente pelo Poder Legislativo permite uma interferência direta, ainda que silenciosa, de ideários alheios à técnica envolta à atividade jurisdicional. Os ministros, então, ficam sujeitos à eventuais pressões e influências, mas não submissos, em razão da natureza de seu cargo e de sua independência, motivo pelo qual não deve haver preocupação com o apelo social ou midiático sobre qualquer assunto de julgamento, apoiando-se sempre nos pilares constitucionais. Apesar disso, é inevitável que a atenção que esse tipo de ação recebe termina por influenciar, no mínimo, a pauta do STF e o movimento individual de cada ministro. Explica-se.

Subjetivamente, o ser humano tem convicções e perspectivas que são formadas segundo sua experiência individual, de modo que seu intelecto se constrói e se alicerça em concepções e vieses de pensamento preexistentes, sendo irremediável que qualquer decisão a ser tomada, inclusive judicial, leve em consideração, ainda que de maneira ínfima, julgamentos prévios sobre determinado tema (Kahneman, 2012). É bastante difícil segregar com exatidão juízos iniciais de juízos já maturados em alguma reflexão posterior. Num ambiente técnico e formal – como é o da relação processual – ainda que essa situação seja inevitável, aqueles que deliberam devem, necessariamente, ter a Constituição Federal como ponto de partida para qualquer decisão, sendo tal norma fonte, caminho e definição das fundamentações e disposições decisórias.

Esse aspecto de caráter mais incorpóreo de uma decisão judicial, isto é, aquilo que ocorre na mente do julgador enquanto decide, não interessa e nem pode estar em algum nível de

preocupação do jurisdicionado. Primeiro, porque este não pode acessar ou aferir o desenvolvimento do raciocínio daquele; segundo, porque, num Estado Democrático de Direito, há normas que preveem formas de o cidadão exercer limitações ao poder estatal, também em sua atividade judicial, a partir de reivindicações formais. Para tanto, há o dever de motivação das decisões judiciais e administrativas (art. 93, IX, CF/88), permitindo ao cidadão que confronte as razões de decidir e, conseqüentemente, peça reforma, anulação e/ou revisão do ato.

Por isso, peremptoriamente, potenciais influências e pressões sofridas por ministros do STF acabam não tendo ressonância efetiva em seu julgamento e tampouco importa aos interessados, tendo em vista essa impossibilidade concreta de constatação. É inviável saber de sua real existência, porque, como dito, estas questões externas ao procedimento são inacessíveis pelos meios formais de cognição, de modo que resta ao jurisdicionado apenas a possibilidade de ter controle daquilo que ocorre externamente à subjetividade dos ministros (parte corpórea), que se reveste em atos e decisões judiciais (Feltes, 2007).

Desta feita, o procedimento, pela sua natureza formal, é o instrumento de controle do jurisdicionado sobre a atividade jurisdicional. Reforça-se: por mais que haja razões diversas para o sentido de uma determinada decisão – e que não estejam dispostas em seus próprios termos – isso é algo inatingível, já que não é possível ter ciência do que ocorre nos “bastidores” das decisões dos ministros, em seu aspecto subjetivo, sendo factível somente a realização de ilações e abordagem hipotética a esse respeito (Pinho, 2018).

Nada obstante essa demanda ideológica em torno do tema, a comunidade LGBTI e os demais interessados desta ação, não poderiam se sujeitar a questões alheias ao pedido e aos seus fundamentos, já que o ponto principal e que sustenta a provação judicial é a própria omissão legislativa sobre as condutas de homofobia e de transfobia. Por sua vez, essa omissão parlamentar é objetivamente aferível como fator da ADO nº. 26, não sendo algo abstrato ou presumível, mas constatável dentro do contexto histórico, temático e até estatístico da demanda, considerando a medida utilizada para suscitar a resposta da Suprema Corte; isto é, uma ação que tem como causa de pedir a necessária efetividade de uma norma constitucional e a omissão parlamentar respectiva, algo que será ainda demonstrado em dados e números no item posterior.

Antes disso, reflexiona-se que o Parlamento se utiliza de um argumento quanto à ausência de legitimidade do STF em interpretar a norma constitucional de maneira tão flexível, ou seja, ao ponto de modificar preceitos penais, isso, como forma até de deslegitimar a atuação

jurisdicional sobre tema em baila, com a invocação também do princípio da separação de poderes. Há um confronto direto à idoneidade deste tribunal para realizar algumas mutações constitucionais, numa clara crítica ao ativismo decorrente desse ofício.

Mais uma vez, ainda que diante de uma ação prevista constitucionalmente e com base em fundamento admissível (omissão legislativa), esse discurso “deslegitimador” – como visto, inclusive, em forma de pedido de *impeachment* em face de alguns ministros – gera certa instabilidade na relação entre as instituições envolvidas. O que se busca esclarecer é que a morosidade legislativa não é questionada ou criticada politicamente pelos ministros do STF, mas sim de forma procedimental, mediante os meios disponíveis para o desenvolvimento de sua atividade; enquanto, de outro lado, alguns parlamentares que discordam da deliberação do STF buscam medidas diversas (alheias ao procedimento) para diminuir ou invalidar a atuação do STF, tornando o diálogo e consenso democrático algo mais distante.

O fato é que, acaso a resposta judicial à ADO nº. 26 fosse negativa, a lacuna normativa, muito provavelmente, permaneceria e por tempo indeterminado, algo que preservaria, nesse tocante, a suposta harmonia entre os poderes, contudo, manteria o silêncio protetivo quanto à comunidade LGBTI.

Não se faz aqui um juízo consequencialista como permissivo ao julgamento do STF para criminalizar as condutas de homofobia e de transfobia, mas um exercício de averiguação da própria omissão legislativa que levou à propositura e ao êxito da ADO nº. 26, a saber, como justificativa plausível para a atuação do STF, em termos teóricos e qualitativos, considerando a ausência de vontade política na regulamentação desse assunto.

O entendimento do STF revela, em certo nível axiológico, o tratamento moral contra atos discriminatórios, algo que se insere na concepção de uma virtude pouco explorada, qual seja da serenidade, que comporta a tolerância e a inação discriminatória em seu conteúdo (Bobbio, 2002). Essa situação é, de certo modo, protegida pelos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, que dispõe sobre o tratamento igual de todo e qualquer cidadão, algo a ser observável, obviamente, pelo Parlamento.

O “agir serenamente” de Bobbio (2002) pressupõe que os indivíduos aproveem que seus pares tão somente sejam aquilo que desejam ser, estando isso albergado pela própria ideia de permissivo legal no âmbito dos direitos de liberdade e de igualdade já abordados, como aquilo não proibido. Desse modo, quando se criminaliza condutas indiscutivelmente discriminatórias,

há, indiretamente, uma rejeição a atos de arrogância, egocentrismo e insolência, algo que não se confunde com sujeição, mas sim respeito e tolerância, fomentando-se a serenidade (Bobbio, 2002).

O ser humano “sereno” apenas admite que seus semelhantes sejam tudo que queiram ser, independentemente de suas próprias crenças, sem alimentar aversão ou tampouco ódio ao “ser” do outro. Esse ideal de convivência é ponto nodal da tolerância a qual a comunidade LGBTI busca para si, bem como do reconhecimento de seus direitos como idênticos aos daqueles que se inserem na orientação heterossexual ou em gêneros “tradicionais” e supostamente “admitidos” como “normais”.

A população LGBTI intenta apenas viver usualmente, sem ingerências desrespeitosas a sua essência, sobretudo, em razão de um suposto padrão de normatividade sexual e de identidade de gênero. A decisão do STF não exige concordância ou estímulo a relacionamentos homossexuais ou à transmutação/redefinição de gênero na sociedade brasileira. Na verdade, impõe rigorosamente um dever legal de tolerância a essas pessoas, mediante a tipificação de condutas homofóbicas e transfóbicas, ou seja, rechaça a violência e a ameaça destinadas a um grupo específico de indivíduos que histórica e estatisticamente é vítima de atos discriminatórios.

A serenidade é uma virtude moral, autônoma à política e ao direito, todavia, insere-se num cenário de convivência que se busca atingir, em prol pacificação social e do bem comum (Bobbio, 2002), que invariavelmente são finalidades de um Estado Democrático de Direito. Pelo exposto até o momento, tem-se que a manutenção da mora legislativa quanto à criminalização da homofobia e da transfobia iria representar a manutenção da própria intolerância, sustentada pela ausência de instrumentos eficazes para sua prevenção e combate.

É temerária a situação de um direito fundamental ser tratado com certo descaso ou como uma questão opinativa e maleável, algo que prolonga indevidamente o processo legislativo, culminando exatamente na apreciação de tal matéria por um órgão judiciário. Ou seja, a omissão e postergação parlamentar prejudica diretamente sua atividade, na medida em que sua morosidade termina por ser a causa direta da judicialização de pautas legislativas, havendo um contrassenso na crítica dos congressistas à atuação do STF, já que este somente veio ao “campo” de debate em razão da não manifestação do Poder Legislativo que, como será visto no item seguinte, não é temporal e tampouco materialmente justificável.

Além disso, há ainda o papel persuasivo e profundamente ideológico de alguns parlamentares que tendem a, de maneira voluntária ou não, persuadir os cidadãos, na tentativa de defender um argumento ou ponto de vista que sequer possui embasamento constitucional. Lembra-se que, para o fortalecimento das estruturas da democracia e até mesmo para seu alcance, é preciso compreender que um dos problemas de seu desenvolvimento está numa espécie de “luta de classes”, ou melhor, quando os cidadãos incluídos tentam manter àqueles excluídos longe da rede de proteção/acolhimento do Estado (Ely, 2010), como é o caso da população LGBTI e a busca pelo reconhecimento de seus direitos.

Considerando ainda um eventual desvio da função legislativa e de sua representatividade quanto aos anseios de parte da população e suas minorias, é evidente que se torna relevante o papel do Poder Judiciário para a interpretação e aplicação das leis (Ely, 2010) no sentido de garantir direitos e liberdades daqueles prejudicados e, até mesmo, para atuar dentro do sistema de contrapesos, ao preencher uma lacuna não satisfeita pelo Poder Legislativo.

Assim, o grupo vulnerável mais afetado, no caso da ADO nº. 26, depositou no STF a legitimidade e a confiança para promover o preenchimento da omissão constitucional quanto aos seus direitos, sendo algo benéfico ao crescimento e desenvolvimento democrático. Entretanto, este tribunal, ao se envolver com discursos políticos, de certa forma, intenta obter o reconhecimento sobre sua atuação ante às diversas contestações sobre seus posicionamentos, tornando esse embate prejudicial à harmonia entre os poderes. A conturbada relação entre Legislativo e Judiciário, como visto, não é algo novo e tampouco pontual, contudo, em temas mais ligados aos costumes e à moral social isso se revela mais intenso.

Considerando, ainda, tratar-se de matéria penal, a questão se revestiu de uma carga mais densa de debates e discordâncias; não sem razão, já que os preceitos desse âmbito de estudo e aplicação jurídica são muitos mais rigorosos no que concerne à interpretação para a restrição de direitos. De outra parte, a omissão parlamentar não concedeu uma alternativa senão a propositura da ADO nº 26, que se mostrou exitosa quanto aos seus objetivos. A partir de uma valoração constitucional favorável à criminalização das condutas de homofobia e de transfobia, esta ação apresentou-se com base em institutos e princípios previstos no ordenamento jurídico, extraídos dos métodos hermenêuticos disponíveis, bem como dos próprios direitos fundamentais que envolvem este caso.

Assim, os eventuais riscos aos cânones democráticos – motivados pelo descrédito às instituições e pela difícil relação entre os representantes do povo e dos julgadores da Suprema Corte – podem ser amplificados a partir do caso em análise, mas também aprimorados mediante uma aproximação dialógica das instituições, apesar também do questionamento sobre a legitimidade da atuação de pessoas não democraticamente eleitas para interferir nesse tocante (Pinto, 1981). Ou seja, embora haja toda essa problemática quanto às distorções ao regime democrático – e, ainda, uma discussão sobre uma suposta ilegitimidade dos ministros do STF para ter decidido o tema tratado na ADO nº. 26 –, é possível extrair disso uma ambiência de reaproximação entre as instituições para refletirem acerca dessas crises.

2.5 Justificativa quantitativa do apelo social à intervenção do STF no caso da ADO nº 26: números e dados da omissão legislativa

Neste capítulo, realizaram-se duas promessas principais. A primeira, seria a avaliação dos aspectos fáticos e jurídicos do contexto teórico, social e político quanto ao tema da criminalização da homofobia e da transfobia e, especificamente, da omissão legislativa sobre assunto, isso, atrelado aos reflexos sobre o regime democrático, ao se considerar a atividade jurisdicional do STF. Desse modo, fez-se um levantamento geral sobre o comportamento institucional e doutrinário sobre o tema, numa análise inicialmente qualitativa dos argumentos e debates existentes, sem uma perspectiva direta em apurar numericamente a situação.

A segunda promessa seria examinar quantitativamente, ou seja, em expressão de dados e números a própria omissão legislativa no tocante à criminalização da homofobia e da transfobia⁸⁶. Pois bem, eis o momento de cumprir a segunda promessa.

Com mais vagar, este item será dedicado à exposição e estudo daquilo que se encontra, até a finalização da tese, em tramitação no Congresso Nacional sobre o assunto em baila – criminalização da homofobia e da transfobia – no sentido de identificar as razões que tornaram a

⁸⁶ Registra-se que, nos próprios autos da ADO nº. 26, o Senado Federal, em resposta ao STF, a respeito de eventual mora do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização da homofobia e da transfobia, argumentou que não havia comando constitucional nesse sentido, vez que o racismo não se confunde com homofobia e com a transfobia, apresentando ainda alguns projetos de lei em trâmite sobre o assunto, a fim de demonstrar a inexistência de sua omissão. No entanto, já naquele momento, era possível aferir o decurso de um longo período de tramitação de projetos de leis com esse objeto, sem uma efetiva resolução. A Câmara dos Deputados, por sua vez, também em resposta à Corte constitucional, tão somente informou sobre a existência de projetos de leis nesse sentido. No capítulo derradeiro desta tese, debruçar-se-á com mais detalhes acerca do andamento, termos, pedidos e decisões em sede de ADO nº. 26. A consulta ocorreu por meio do sistema de peticionamento eletrônico do STF (<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/dashboard>), com a utilização do certificado digital da autora da pesquisa.

omissão legislativa uma verdadeira comissão e negligência, que justificaram a propositura da ADO nº 26 no STF, para que se possa apresentar um panorama geral que englobe tanto teoria jurídica e práxis legislativa. Isso, por meio de aspectos e critérios quanto ao tempo de tramitação, objeto e discussões sobre o assunto.

Esclarece-se que, para obter os resultados que serão demonstrados nesse tópico, foram realizadas consultas específicas tanto no endereço eletrônico da Câmara dos Deputados < <https://www.camara.leg.br/>>, como do Senado Federal < <https://www12.senado.leg.br/hpsenado>>, todos apurados inicialmente até a data de 25 de junho de 2020 e reavaliados em 12 de setembro de 2023, quanto à atividade legislativa de cada órgão.

Dessa forma, no portal virtual da Câmara dos Deputados, foram utilizadas somente as palavras-chaves “homofobia” e “transfobia” em dois tipos de pesquisa distintos quanto a sua atividade legislativa. Inicialmente, direcionou-se a busca somente para projetos de lei em geral – arquivados ou não – e, em outra busca, optou-se por extrair todos os dados existentes quanto ao tema, independentemente de serem projetos de lei, a exemplos de Requerimentos, Substitutivos, Indicações *etc.*

A constatação preliminar foi de que existem 52 (cinquenta e dois) projetos de lei sobre o assunto⁸⁷, sendo 32 (trinta e dois) em trâmite e 20 (vinte) não mais, cujo mais antigo e específico sobre o tratamento penal contra a homofobia e a transfobia tem apresentação datada de 18 de fevereiro de 2003, isto é, a PL 5/2003, de autoria da então Deputada Federal Iara Bernardi, do Partido dos Trabalhadores/SP. O projeto objetivava a alteração dos artigos 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o § 3º do art. 140 do Código Penal, para incluir a punição por discriminação ou preconceito de gênero e orientação sexual, ou seja, ampliar a qualificadora já constante para injúria racial para abranger a injúria por discriminação quanto à orientação sexual.

Em 2006, referido projeto de lei foi considerado prejudicado, tendo em vista a aprovação do Substitutiva adotado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania a outro projeto

⁸⁷ Adverte-se que nem todos esses 29 (vinte e nove) projetos de lei necessariamente tratam de forma direta sobre a criminalização da homofobia e da transfobia, abordando também assuntos correlatos, porém optou-se pela utilização, nesse caso, de apenas dos dois termos de busca justamente para se obter uma visão mais ampla sobre essa pauta na Câmara dos Deputados que, adianta-se, é de onde se extrai a primeira proposição e discussão sobre o tema e onde há mais resultados de pesquisa. Assim, ao replicar tal pesquisa, é possível encontrar outros projetos de lei que aparentemente não são tão afetos ao tema, como é o caso da PL 2612/2007, que “Introduz o Código de Ética da programação televisiva e dá outras providências”, porém, em um de suas disposições, estabelece que a programação televisiva não incitará a homofobia, reconhecendo o direito à livre expressão das orientações sexuais, ao considerar o enfretamento de uma longa carga histórica de intolerância vivida por pessoas homossexuais.

de Lei (PL 5003/2001), o qual ainda será tratado neste item, mas que já foi convertido em projeto de Lei da Câmara nº. 122/2006 no Senado Federal (PLC 122/2006).

Na verdade, todos os projetos de Lei com o mesmo objetivo ou similar ao primariamente apresentado foram englobados no PL 5003/2001, o qual já teve sua tramitação encerrada perante o Senado Federal, na forma de PLC 122/2006, como dito. No entanto, é importante referir ao PL 5/2003, tendo em vista seu caráter precursor para essa finalidade, isto é, efetivamente conferir ao preconceito em razão de orientação sexual e/ou identidade de gênero a qualidade de crime.

Quanto ao PL 5003/2001 especificamente, este fora apresentado em 07 de agosto de 2001, também de autoria da então Deputada Federal Iara Bernardi, no entanto, seu objeto não dizia respeito necessariamente à previsão de sanções penais em face de manifestações preconceituosas sobre orientação sexual e/ou identidade de gênero, mas para determinar sanções administrativas, perante o Poder Público, em razão de práticas discriminatórias por aspectos ligados à orientação sexual das pessoas. No entanto, este projeto, por ser mais antigo, seguiu de base para, de certa forma, vincular todos os objetivos e matérias semelhantes.

No que se refere aos outros principais projetos de lei extraídos do endereço eletrônico da Câmara dos Deputados Federais, segundo a consulta delineada – e por ordem de apresentação ao órgão –, averiguaram-se os seguintes dados (quanto aos termos “homofobia” e “transfobia”, que estão mais diretamente relacionados ao tema do combate à discriminação):

- PL 379/2003, apresentado em 18 de março de 2003, cujo objeto é instituição do Dia Nacional do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual, de autoria de Laura Carneiro (PFL/RJ). Situação na data da última consulta: aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA);
- PL 81/2007, apresentado em 08 de fevereiro de 2007, cujo objeto é a instituição do Dia Nacional de Combate à homofobia, de autoria de Fátima Bezerra (PT/RN). Situação na data da última consulta: aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA);
- PL 2000/2007, apresentado em 11 de setembro de 2007, cujo objeto é instituição do Dia Nacional da Visibilidade Lésbica, de autoria de Cida Diogo (PT/RJ). Situação na data da última consulta: arquivado;
- PL 2976/2008, apresentado em 11 de março de 2008, cujo objeto é alteração da Lei de Registros Públicos (Lei nº. 6.015/1973), para assegurar a possibilidade de utilização do

nome social ao lado do nome e prenome oficial às pessoas que possuem orientação de gênero travesti, masculino ou feminino, de autoria de Cida Diogo (PT/RJ). Situação na data da última consulta: apensado ao PL 70/1995;

- PL 582/2011, apresentado em 23 de fevereiro de 2011, cujo objeto é alteração do Código Penal e da Lei nº. 4.898/1965 a fim de instituir como circunstância agravante de pena e qualificadora ao crime de homicídio quando o agente houver cometido em função de orientação sexual do ofendido, bem como constituir abuso de autoridade qualquer ato contra à livre orientação sexual da pessoa, de autoria de Dalva Figueiredo (PT/AP). Situação na data da última consulta: arquivado;
- PL 734/2011, apresentado em 16 de março de 2011, cujo objeto é autorização ao Poder Público de criar o Programa “Viver de bem” – sem estigma de preconceito no Brasil, de autoria de Marcelo Aguiar (PSC/SP), Acelino Popó (PRB/BA) e Lauriete (PSC/ES). Situação na data da última consulta: arquivado;
- PL 4916/2012, apresentado em 20 de dezembro de 2012, cujo objeto é a alteração da Lei de Licitações (Lei nº. 8.666/93), a fim de assegurar às empresas que tenham programas de fomento à igualdade de gênero e não discriminação de orientação sexual, bem como projetos de inserção de idosos no mercado de trabalho, novo critério de desempate em processo licitatório, de autoria de Jean Wyllys (PSOL/RJ). Situação na data da última consulta: apensado ao PL 2304/2003;
- PL 5120/2013, apresentado em 12 de março de 2013, cujo objeto é a alteração de artigos do Código Civil de 2002 de forma a reconhecer o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo, de autoria de Jean Wyllys (PSOL/RJ) e Erika Kokay (PT/DF). Situação na data da última consulta: apensado ao PL 580/2007;
- PL 6424/2013, apresentado em 25 de setembro de 2013, cujo objeto é o estabelecimento de notificação compulsória, no território nacional, no caso de violência contra a população LGBT que forem atendidos em serviços de saúde públicos ou privados, de autoria de Paulão (PT/AL). Situação na data da última consulta: arquivado;
- PL 622/2015, apresentado em 06 de março de 2015, cujo objeto é disposição quanto à proibição do uso de recurso públicos para a contratação de artistas que, de alguma forma, desvalorizem ou incentivem a violência contra mulheres, homossexuais e contenham

apologia à discriminação racial ou apologia ao uso de drogas ilícitas, de autoria de Moema Gramacho (PT/BA). Situação na data da última consulta: arquivado;

- PL 2138/2015, apresentado em 30 de junho de 2015, cujo objeto é alteração da Lei nº. 7.716/1989, para punir a discriminação ou preconceito quanto identidade de gênero ou orientação sexual, de autoria de Erika Kokay (PT/DF). Situação na data da última consulta: apensado ao PL 1959/2011;
- PL 8001/2017, apresentado em 04 de julho de 2017, cujo objeto é a proibição de vencimento desigual e diferente entre gênero e por questões de orientação sexual, de autoria de Thiago Peixoto (PSD/GO). Situação na data da última consulta: apensado ao PL 371/2011;
- PL 8540/2017, apresentado em 12 de setembro de 2017, cujo objeto é alteração do Código Penal para dispor sobre a criminalização da intolerância, preconceito, ódio, exclusão e toda forma de violência por meio da internet, inclusive em razão de orientação sexual, de autoria de Assis Melo (PCdoB/RS). Situação na data da última consulta: apensado ao PL 6419/2005;
- PL 1015/2019, apresentado em 21 de fevereiro de 2019, cujo objeto é alteração da Lei nº. 7.716/1989, para definir os crimes resultantes de preconceito, raça ou de cor, incluindo a orientação sexual, de autoria de Luiz Flávio Gomes (PSB/SP). Situação na data da última consulta: Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC);
- PL 2653/2019, apresentada em 07 de maio de 2019, cujo objeto é a disposição sobre a proteção de pessoas em situação de violência baseada na orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero ou características biológicas ou sexuais, de autoria de David Miranda (PSOL). Situação na data da última consulta: aguardando Constituição de Comissão Temporária pela Mesa;
- PL 4075/2019, apresentado em 12 de julho de 2019, cujo objeto é a vedação da tipificação de conduta ou a criação de tipo penal, por decisão na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de autoria de Bia Kicis (PSL). Situação na data da última consulta: pronta para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC);

- PL 4785/2019, apresentado em 29 de agosto de 2019, que altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para dispor sobre a criminalização da intolerância, ódio, preconceito, exclusão e violência por meio da Internet, dispositivos eletrônicos e ambiente virtual, de autoria de Márcio Jerry (PCdoB). Situação na data da última consulta: arquivada – retirado pelo autor;
- PL 4946/2019, apresentado em 10 de setembro de 2019, cujo objeto é a garantia do livre exercício da liberdade religiosa nos temas relativos à sexualidade, nos moldes do inciso VI, do art. 5º da CF/88, de autoria de Eli Borges (SOLIDARI). Situação na data da última consulta: apensado ao PL 1089/2015;
- PL 3185/2020, apresentado em 08 de junho de 2010, que altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e a Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990 – Lei dos Crimes Hediondos, para tipificar o crime de homicídio qualificado em razão de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional ou orientação sexual e acrescentá-lo ao rol dos crimes hediondos, de autoria de Carlos Sampaio (PSDB). Situação na data da última consulta: apensado ao PL 7749/2014;
- PL 3298/2020, apresentado em 15 de junho de 2020, cujo objeto é a disposição sobre sanções administrativas a serem aplicadas às práticas de discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero no âmbito da administração pública e privada, de autoria de Alexandre Frota (PSDB). Situação na data da última consulta: apensado ao PL 2653/2019.

Veja-se que, dos projetos de Lei acima destacados, apesar de a busca ter sido pelos termos “homofobia” e “transfobia”, nem todos necessariamente tratam da violência em si por questões de orientação sexual e de identidade de gênero, mas também visam combater o preconceito em geral a esse respeito, mediante programas e atividades de caráter mais educativo, ou seja, não se intenciona somente o estabelecimento de sanções penais quanto ao combate à homofobia e da transfobia, como medida de contenção social. Há também um direcionamento de condutas e medidas de caráter preventivo, educativo e informativo.

É válido mencionar que na mesma pesquisa traçada, curiosamente, extraíram-se os seguintes projetos de Lei:

- PL 7382/2010, apresentado em 25 de maio de 2010, cujo objeto é a penalização da discriminação contra heterossexuais e estabelecimento de medidas e políticas

públicas antidiscriminatórias no mesmo sentido, de autoria de Eduardo Cunha (PMDB/RJ). Situação na data da última consulta: arquivado;

- PL 925/2019, apresentado em 20 de fevereiro de 2019, cujo objeto é a instituição do “Dia Nacional do Orgulho Heterossexual”, de autoria de Pastor Sargento Isidório (AVANTE/BA). Situação na data da última consulta: arquivada – devolvida ao autor.

Ambos os projetos de Lei acima tratam de uma espécie de proteção ou conservação que os heterossexuais necessitariam sobre seus direitos por, talvez, sentirem-se ameaçados em razão de sua orientação sexual, mas será que há, de fato, algum tipo de preconceito ou intimidação ao direito de ser heterossexual? Pelo contexto de uma parcela da sociedade que ainda não se adapta ou aceita sequer a possibilidade de homossexuais casarem-se ou viverem em união estável, crer-se que não. Na verdade, enxerga-se tais projetos de Lei como uma espécie de “reação” retrógrada à tentativa de ampliar e resguardar direitos da população LGBTI, como se fossem contrapontos, mas claramente não o são. Inexistem elementos históricos e/ou sociais que corroborem a ideia de que heterossexuais, em razão de sua orientação sexual, sofram qualquer tipo de violência.

No mais, dos dados acima, é possível concluir que, desde os primeiros projetos de lei efetivamente apresentados sobre o assunto na Câmara dos Deputados (PL’s 5003/2001 e 5/2003) até o efetivo julgamento da ADO nº. 26 decorreram quase vinte anos de tramitação sem que houvesse resolução sobre a questão no âmbito legislativo, tampouco sobre pontos com fins meramente educativos ou simbólicos sobre o tema.

Além disso, constata-se que majoritariamente tais projetos são de autoria de Deputados de esquerda e que, pelo menos, a cada dois anos, foi apresentado algum tipo de projeto de lei sobre o assunto. Por outro lado, percebe-se que alguns projetos de lei com conteúdo contraposto à liberdade de orientação sexual são de autoria de parlamentares que exibem certa posição fervorosa no que concerne à preceitos religiosos/bíblicos. Destaque-se, ainda, a PL 4075/2019 que visa vedar a tipificação de crimes mediante exercício do controle concentrado de constitucionalidade pelo STF, como uma espécie de resposta à decisão de procedência da ADO nº. 26, que criminalizou as condutas de homofobia e de transfobia.

Em análise, neste momento, aos dados extraídos do endereço eletrônico do Senado Federal, verificou-se o seguinte:

- Primeiramente, fez-se uma busca por emendas constitucionais, com temática sobre Direitos Humanos e minorias, com as expressões “homofobia” e “transfobia”, mas nada foi encontrado;
- Depois, utilizando-se os mesmos termos, buscou-se especificamente por leis, ocasião em que foi possível encontrar a PLC 122/2006 já mencionada, a qual, porém, fora arquivada, considerando o Requerimento apresentado de apensamento ao projeto de Novo Código Penal (projeto de Lei do Senado 473/2017);
- Há, ainda, o projeto de Lei do Senado 515/2017 que, além de objetivar mudanças no Código Penal, também intenta alterar a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, quanto à discriminação de raça e cor, passando a incluir por questões de orientação sexual;
- Há também, em tramitação na data última da consulta, o projeto de Lei nº. 4240/2019, que busca alterar a Lei nº. 7.716/1889, para criminalizar a homofobia;
- Encontrou-se, por fim, o PL 4892/2020, que busca “esclarecer que a recusa a realizar cerimônias religiosas envolvendo pessoas assumidamente homossexuais não caracteriza crime de homofobia”.

Natural e procedimentalmente, o mero apensamento do PLC 122/2006 do Senado Federal ao projeto de novo Código Penal fez com que sua tramitação demorasse muito mais, uma vez que a discussão se amplia para uma mudança completa de legislação penal, situação que exige mais tempo para votação e debates sobre os temas, algo que pôde ser compreendido como uma espécie de estratégia de procrastinação para a definição sobre a criminalização da homofobia e transfobia especificamente. Isso é, inclusive, ressaltado na petição inicial da ADO nº 26 e, inevitavelmente, justificou a necessidade da intervenção do STF sobre essa omissão legislativa quanto a um objeto bastante urgente.

Desta feita, a persistente falta de resposta parlamentar culminou nesse estágio judicial de análise da matéria. Seja encarado como um fato positivo ou negativo, o que se pôde perceber foi a necessidade de definição sobre a questão. Talvez, o STF realmente não fosse a melhor via para realizar tal escopo, quando se considera aspectos ligados à reserva penal, à separação de poderes e suas funções, enfim. Contudo, a Corte Suprema revelou-se como espaço que a sociedade interessada encontrou para ter sua voz ouvida e notada concretamente, para reclamar uma resolução.

Nesse sentido, até o momento, foi possível compreender o ambiente em que se insere o direito à liberdade de orientação sexual e à identidade de gênero, as principais motivações de sua proteção, bem como um pouco sobre aquilo que emerge do seio social e, especialmente, de seu tratamento legal-constitucional e político. Com base na própria fundamentação da ADO nº 26, levantou-se a hipótese inicial de que a criminalização da homofobia e da transfobia enfrentava uma inércia injustificada e sistemática do Congresso Nacional, inclusive em termos procedimentais, considerando o próprio amadurecimento da temática nos órgãos legislativos, algo que foi confirmado quando da avaliação específica dos projetos de leis existentes sobre o assunto.

Vale destacar que, em 5 de setembro de 2023, a Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família da Câmara dos Deputados chegou a incluir em sua pauta de votações um projeto de lei (PL nº 5.167/2009) que buscava proibir o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. No entanto, referido projeto, pelo trabalho do então Deputado Federal Clodovil Hernandes, falecido em 2009, foi apresentado originalmente com finalidade absolutamente oposta.

O texto apresentado originalmente buscava a modificação do Código Civil para permitir que duas pessoas do mesmo sexo pudessem constituir união homoafetiva por meio de contrato em que dispusessem sobre suas relações patrimoniais, dentre outras medidas de reconhecimento de direitos a esses indivíduos na esfera de uma união estável.

A Câmara modificou o projeto especialmente para combater a decisão proferida pelo STF quanto ao reconhecimento da união estável e do casamento entre pessoas do mesmo sexo em 2011 (ADI nº 4277 / ADPF nº 132), com a finalidade de estabelecer “que nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar”. A votação não fora realizada. A situação do projeto até a última data da consulta restou da seguinte forma: apensado ao PL 580/2007.

Essa movimentação mostrou-se como mais uma tentativa de retaliação da atividade jurisdicional do STF, bem como para fins de suscitar questionamentos e discussões meramente eleitoreiras, apurando-se ainda na ocasião que deputados conservadores não tinham expectativas grande de que o texto fosse aprovado. A intenção era tão somente de mobilizar a comissão e maldizer o tribunal constitucional (Amaral; Paz, *online*, 2023).

Assim, segundo uma perspectiva de investigação qualitativa do tema, mediante apreciação de argumentos e constatações sobre o assunto, reforçou-se que o direito à liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero diz respeito a uma prerrogativa que independe de opinião ou aceitação de um outro indivíduo, estando inserida na esfera do permissivo jurídico quanto à possibilidade de as pessoas relacionarem-se intimamente com quem lhe aprouver ou se autodefinirem conforme gênero diverso. Desse modo, não há óbice meramente moral ou religioso que proíba o exercício de uma liberdade constitucional e fundamentalmente reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro.

A moral expressada na vida privada de cada indivíduo não comporta interferências da moral preconizada por outros. A Constituição Federal garante a não discriminação e a própria proteção à intimidade dos cidadãos, de modo que a orientação sexual e/ou identidade de gênero de uma pessoa independe de aceitação. De outro lado, o Estado deve proteção às liberdades individuais, inclusive, por meio de mandados de criminalização que, neste caso, foram instituídos pelo STF.

Percebe-se também que a problemática da apreciação da criminalização da homofobia e da transfobia pelo STF exige um aprofundamento muito maior e além de questões tão somente ligadas à separação de poderes e à reserva penal, mas também quanto à tensão latente entre as esferas político-jurídicas e sobre a própria complexidade da matéria em debate, mormente em face do interesse social destinado ao assunto.

Por isso, as causas e o contexto do protagonismo do STF nesse ambiente de controvérsia social foram averiguados sobre outra ótica, ligada aos preceitos democráticos e ao interesse social, concluindo-se que este tribunal se tornou uma espécie de receptáculo de todos os pontos não resolvidos ou preteridos pelo Poder Legislativo, em meio a uma crise institucional que termina por ser generalizada, em sua forma mais contemporânea.

Ao se identificar devidamente a pesquisa virtual realizada tanto no *site* da Câmara dos Deputados como do Senado Federal, tem-se como resultante uma expressão de dados e informações sobre a omissão legislativa quanto à criminalização da homofobia e da transfobia, de modo a ser possível entender concretamente as razões que justificam a provocação do STF para decidir sobre o tema.

Concluiu-se, portanto, sobre uma inércia do Poder Legislativo de quase de vinte anos para a deliberação do tema até a decisão do STF, em meio a diversos projetos de leis com

finalidades claras e bem definidas, desde o tratamento mais simbólico e educativo à necessidade de punição penal da discriminação motivada por orientação sexual ou pela autodefinição de gênero. Por outro lado, ainda, tem-se insistente movimento parlamentar em refrear direitos de pessoas LGBTI, por meio de retaliações legislativas às decisões do STF sobre o tema.

Os resultados esboçados neste item denotam uma completa ausência de resposta do Poder Legislativo para com a sociedade em geral, ensejando na busca por definições junto ao STF. Na verdade, nota-se ainda que a finalidade maior é de que nenhum tipo de preconceito fique impune ou seja “protegido” por uma justificativa frágil de mera manifestação opinativa, algo que exigiu, portanto, uma disciplina mais urgente sobre essa situação.

2.6 A pendência legislativa sobre a criminalização da homofobia e da transfobia e o efeito *backlash* a partir da atuação contramajoritária do STF

A expressiva judicialização de temas polêmicos, sobretudo aqueles que têm pendências e lacunas advindas do Poder Legislativo, ocasiona repercussões diretas na relação “intrapoderes” e igualmente na perspectiva social quanto às decisões judiciais que são proferidas num contexto de crise institucional, em que há intensificação do protagonismo do Poder Judiciário em definições de questões éticas e políticas, que têm o potencial de fazer emergir grandes controvérsias.

A partir do momento em que se visualiza uma maior interferência da Suprema Corte em pautas originariamente provenientes de uma omissão legislativa, percebe-se uma modificação significativa na organização e desenvolvimento das funções típicas e atípicas dos poderes instituídos, havendo certa tensão no curso comum do tratamento de assuntos com acentuada carga valorativa, isto é, aqueles inseridos do âmbito de previsão e proteção de direitos fundamentais.

Essa alteração institucional é constatada mediante os diversos conflitos internos já analisados neste capítulo, pelo que se vislumbra o crescimento de uma espécie de instabilidade na condução das medidas de fortalecimento e concretização de direitos fundamentais que, vez ou outra, antes de terem seu mérito enfrentado satisfatoriamente, submetem-se ao desafio da averiguação inicial sobre o meio em que será realizada a definição respectiva.

Assim, há uma problemática de competência e atribuição que antecede o próprio debate efetivo sobre o tema, expondo-se, pois, uma dificuldade de demarcação quanto à

representatividade das demandas sociais. Disto, emanam questionamentos quanto à legitimidade do STF para interferir em questões de natureza legislativa e, em contrapartida, há críticas ao Poder legislativo quanto à ausência de vontade política para solucionar questões de extrema importância para a convivência social.

O caso da criminalização da homofobia e da transfobia reverbera muito esse cenário, vez que se depara exatamente com uma querela profunda sobre separação de poderes, crise institucional, falha no diálogo e comunicação entre Poder Legislativo e Judiciário *etc.*; mas, ao mesmo tempo, sobre a carência de responsividade a respeito da proteção e defesa de uma minoria bastante vulnerável. Por isso, justificou-se a deliberação do STF na ADO nº. 26 com base numa reiterada e provocada lacuna parlamentar sobre o assunto, permitindo referido tribunal exercer seu papel contramajoritário.

A atividade contramajoritária do STF revela-se por sua aptidão em conceder resolução a temas de grande relevância e atenção social, ao assumir uma posição de controle de abusos provenientes de atos do Poder Público, bem como para concretizar direitos fundamentais. Ou seja, essa função contramajoritária é a responsabilidade de o STF ingerir-se numa discussão sensível, em que ainda não há uma mentalidade social madura o suficiente para incorporar determinados entendimentos progressistas ou conservadores, não havendo uma identificação direta dessa característica contramajoritária com demandas progressistas, portanto. A ideia é romper com a estagnação decisória acerca de um tema controverso na sociedade e no Parlamento, independentemente de suas diretrizes políticas.

Com isso, o STF reveste-se de seu protagonismo para proferir uma decisão com conteúdo bastante controvertido e, então, impor uma solução – após ter sua inércia provocada. Todavia, muitas vezes, essa atuação tem por finalidade a salvaguarda de direitos de minorias (Novais, 2006), de modo que esse papel contramajoritário pode ter uma conexão maior com uma performance do STF em favor das minorias contra posicionamentos de majorias que preferem manter o *status quo*, sob argumentos que tocam o próprio não reconhecimento das decisões deste tribunal nesse sentido mais reformador.

Desta feita, a concretização de direitos fundamentais ocorre por meio judicial, algo que, por si só, não gera polêmicas, considerando que essa é uma das funções de juízes e tribunais ao executarem sua função interpretativa do ordenamento jurídico e do Direito. Entretanto, essa concretização pode suceder em razão de uma lacuna legislativa, como se deu na ADO nº. 26.

Ocorre que esta ação tem, em seu conteúdo, pontos de intersecção com a axiologia e à moralidade e, em razão disso, a disputa torna-se mais enérgica, já que se desperta o interesse de sujeitos de todas as camadas da sociedade, motivo pelo qual o papel contramajoritário do STF, nesse caso, pode ser sucedido de um outro fenômeno identificado nesse campo do debate público e decisório, a saber o efeito *backlash*.

Antes de tratar desse conceito e implicações imanentes, reforça-se que, acaso o STF não tivesse deliberado pela criminalização da homofobia e da transfobia, muito provavelmente, estar-se-ia sem uma solução parlamentar até o momento, tendo em vista o percurso legislativo demonstrado no item anterior sobre a matéria, do qual se extraem diversas “manobras” no sentido de atrasar ou evitar a regulamentação penal desses condutas, numa clara ausência de vontade política, sem mencionar o grande embate ideológico existente entre parlamentares que somente prejudicavam o desenvolvimento de normas sobre o assunto no ambiente do Congresso Nacional.

No caso da criminalização da homofobia e da transfobia pela ADO nº. 26, o STF, ao exercer sua função contramajoritária, conferiu solução efetiva a uma pendência legislativa que já se arrastava por praticamente vinte anos no Poder legislativo à época, acarretando prejuízos enormes e irreversíveis para a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade da comunidade LGBTI.

É normal e até recorrente que o STF, num contexto de Estado Democrático de Direito, seja alvo de fortes críticas e reações contrárias a algumas de suas decisões, especialmente quando estas abordam temas com maior repercussão social. Assim, este tribunal pode lidar, assim como as demais instituições públicas, com objeções e desaprovações ao seu trabalho e, nesse caso em tela, mais enfaticamente por parte de parlamentares conservadores e pela própria parte da sociedade que se posiciona nesse sentido.

Entretanto, além de reações genéricas e comuns ao ambiente político-democrático, o chamado efeito *backlash* pode ser considerando um efeito colateral mais específico de decisões judiciais dessa natureza, isto é, que refletem o papel contramajoritário do STF na tutela de direitos fundamentais de minorias, com teor mais progressista e vanguardista.

O efeito *backlash* refere-se a uma oposição, reação ou ainda contra-ataque à atividade jurisdicional, que não necessariamente intenta impugnar a efetiva fundamentação técnico-jurídica de determinada decisão judicial. Na verdade, essa divergência tem mais ligação com a tendência ideológica a qual se busca defender e, por sua vez, àquela decisão judicial a contrária.

Dito de outro modo, por uma insatisfação com o entendimento esboçado na decisão, que destoa de suas convicções pessoais, os partidários de posicionamento contrário, relutam para reverter o que fora solucionado, mas não exatamente por um meio ou instituto disponível na seara processual (Marmelstein, 2016). O efeito *backlash* resulta numa tentativa de se desconstituir a decisão judicial proferida, em razão de discordâncias alheias às motivações dos julgadores, com base em posturas político-ideológicas dos parlamentares ou, ainda, de civis que não concordam com a decisão.

A derivação final desse efeito pode ser até mesmo um retrocesso social. Explica-se. Inicialmente, verifica-se a existência de uma decisão judicial com teor mais progressista, tomada a partir da execução do papel contramajoritário do tribunal, que concretiza direitos fundamentais de um grupo mais vulnerável, com abordagem de temas mais sensíveis e relacionados aos costumes e à moral da população. Em seguida, emergem-se reações políticas mais conservadoras, em contrariedade à atividade do Poder Judiciário, a partir de críticas e discursos ideológicos, com o objetivo de desconstituir a legitimidade dos julgadores e com utilização de argumentos que desfiguram e deturpam a própria matéria tratada. Isso, com o objetivo também de influenciar os cidadãos que, em verdade, são vistos como eleitores.

Nesse sentido, esses argumentos que, muitas vezes, convergem com parcela da opinião popular têm finalidade “eleitoreira”, isto é, aqueles que os empregam, recebem certo destaque na mídia ou em redes sociais – atingindo os indivíduos que se identificam com tal pensamento – e passam a ser conferidos de representatividade, tendo abertura e confiança para potencialmente serem vistos como aptos a relutar contra a decisão judicial proferida (Marmelstein, 2016).

Ao final desse processo, acaso esses representantes que empunham viés ideológico contrário à decisão judicial sejam eleitos ou reeleitos, essa reação pode se tornar numa efetiva reversão da decisão judicial, ocasionando um retrocesso social, seja por meio de promulgação de lei ou outro ato/medida que a modifique (Marmelstein, 2016). A finalidade é, portanto, a conquista de apoiadores que podem se transmutar em eleitores, bem como o alcance ou manutenção de influência no espaço político-democrático, consoante o emprego de argumentos ideológicos, ainda que sejam oportunistas, iniciados a partir de uma contrariedade a uma decisão judicial. A busca de poder político é o foco, nada obstante o possível retrocesso social a ser obtido.

Frisa-se que o efeito *backlash* pode ter como forma de reação qualquer conduta, ato ou movimento arquitetado no sentido de desconstituir ou reverter a decisão judicial, a saber: fomento e propagações de ideias, propostas de reformulações legislativas, medidas de repreensão aos julgadores, manifestações contrárias ao tribunal ou quaisquer outras práticas que visem deslegitimar a fundamentação e disposição decisória (Marmelstein, 2017). Nesse raciocínio, o “ataque” político pode ocorrer de múltiplas formas e em diversas abordagens, contanto que angarie o maior número de apoiadores possível.

No caso da criminalização da homofobia e transfobia pelo STF, observa-se que já existe uma espécie de prelúdio de efeito *backlash*. Primeiro, como visto no item “2.2” desta pesquisa, Deputados de linha ideológica mais conservadora do Parlamento apresentaram, em 27 de fevereiro de 2019, pedido de *impeachment* em face dos ministros Celso de Mello, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes (Petição SF, nº n° 6, de 2019), isso, como meio de intimidar referidas autoridades públicas, expondo justificativas autônomas ao mérito da ADO nº. 26, entretanto, com uma motivação clara de discordância do julgamento prolatado por tais ministros, à época de seus respectivos votos.

Segundo, como mencionado no item imediatamente anterior, há, em tramitação na Câmara dos Deputados na data de consulta, a PL 4075/2019, apresentado em 12 de julho de 2019, cujo objeto é a vedação da tipificação de conduta ou a criação de tipo penal, por decisão na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Veja-se que PL 4075/2019 é exatamente posterior à procedência da ADO nº. 26 pelo STF, a qual conta com ata de julgamento datada de 13 de junho de 2019 e divulgada em 28 de junho de 2019, conforme informação extraída do endereço eletrônico do STF⁸⁸ - embora a publicação do acórdão somente tenha ocorrido em 06 de outubro de 2020. O projeto de lei em comento, de certa forma, fora elaborado como forma de retaliação à decisão do STF quanto à criminalização da homofobia e da transfobia, com o intuito de suprimir e conter poderes da Suprema Corte brasileira, mormente em sua faceta ativista e contramajoritária.

No texto da PL 4075/2019, tem-se a proposição de alteração no art. 25 da Lei nº. 9.868/1999 – a qual trata do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da

⁸⁸ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 01 de julho de 2020.

ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal – somente para realizar a inserção de um parágrafo único com o seguinte teor: “Em nenhuma hipótese, em especial no caso de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a decisão proferida fará tipificação de condutas ou criará tipo penal”⁸⁹.

Disto, resta claro que o principal objetivo deste projeto seja o de censurar a atividade interpretativa do STF em seu aspecto mais extensivo e ativista, sobretudo, em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que foi justamente o instrumento utilizado para criminalizar a homofobia e a transfobia, ou seja, como efetiva repreensão política. Além disso, expressa a simbologia de um argumento de preservação da legalidade, da reserva penal e da primazia da separação dos poderes, mas também que, indiretamente, desperta a atenção de adeptos da contrariedade ao mérito de tal decisão do STF, ainda que esse não seja o objeto explícito da PL 4075/2019. De tudo isso, pode-se denotar uma espécie de “fase” inicial do efeito *backlash*, ao se fomentar reflexões que conduzem ao enfraquecimento da validade das decisões do tribunal.

É forçoso esclarecer que o raciocínio ora delineado não postula ou defende que o STF exerça seu papel contramajoritário alicerçado em mera discricionariedade ou ativismo judicial ausente de parâmetros, ou ainda que esteja autorizado a usurpar a competência do Poder Legislativo ilimitadamente, ou tampouco possa agir como legislador positivo de maneira típica, sob uma justificativa de caráter material (concretização de direitos fundamentais)⁹⁰.

Sabe-se que o ativismo judicial é um tema bastante polêmico, sobretudo, quanto às dificuldades de determinação acerca de sua limitação e extensão, não havendo como fixar abstratamente sobre sua intenção ser benéfica ou maléfica (Arenzena, 2012). Porém, questões mais sensíveis em termos valorativos simplesmente não podem ficar sujeitas à uma mera vontade política, sendo seu debate e tratamento imprescindíveis para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, de modo que as reflexões sobre as possibilidades desse tipo de decisão judicial são imperativas.

⁸⁹ Disponível no endereço eletrônico da Câmara dos Deputados. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6E71A3F4AA33F0D214CEE5FFFBB7BB2B.proposicoesWebExterno1?codteor=1778670&filename=PL+4075/2019>. Acesso em 19 de abr. de 2023.

⁹⁰ Inclusive, no item 3.7 deste trabalho, dedica-se a realizar uma diferenciação entre ativismo judicial e a utilização de argumentos morais.

Para o momento, busca-se entender o que sucede nesse embate entre poderes instituídos, na medida em que o caso da ADO nº. 26 ressoa especificamente uma contraposição de fenômenos partir do exercício da função contramajoritária do STF, algo que expõe um cenário que indica reações à justificação para atuação ativista do tribunal na proteção de indivíduos que se empenham para o reconhecimento a sua liberdade e igualdade (Bunchaft, 2011), isto é, o eventual efeito *backlash*. Essa análise reforça as premissas iniciais desta pesquisa acerca da imensa repercussão social de um tema com intersecções jurídicas e morais, além de tratar da pendência legislativa como um problema latente para a provocação de uma intervenção maior do Poder Judiciário nessa seara.

Em retomada, na justificação da PL 4075/2019, são apresentadas as seguintes alegações para seu processamento: a) cita-se expressamente a ADO nº. 26 como exemplificação da usurpação de funções cometidas pelo STF; b) enfatiza-se o risco de se assentir que o Poder Judiciário permaneça praticando atos decisórios que fulminam funções do Poder Legislativo em sua essência, considerando a atuação do STF como legislador positivo nos autos da ADO nº. 26; c) ressalta-se que a omissão do Parlamento não pode ser considerada, por si só, como inércia; d) critica-se a postura ativista do tribunal; e) desaprova-se as razões do ministro Gilmar Mendes em seu voto nos autos da ADO nº. 26, o qual considerou que “a simples apreciação desta ADO parece ter impulsionado o parlamento a abandonar o estado de absoluta inércia na criminalização da matéria”; f) a crítica ao ministro é no sentido de expor que Gilmar Mendes teria extrapolado suas funções ao advertir publicamente outro Poder da República; g) ao final, destaca-se que a insurgência na PL 4075/2019 não é contra o mérito da decisão judicial, porém em face do excesso na atuação do STF.

A inserção de uma resposta direta e pessoal a um ministro do STF na justificação da PL 4075/2019 realça o conflito entre as instituições, bem como o objetivo de se debilitar tanto a decisão judicial como a própria credibilidade do ministro citado, além de exercer depreciação à atividade interpretativa-principiológica do tribunal, sob o argumento do rechaço ao ativismo judicial. Isso dificulta o diálogo e renova a hostilidade já instaurada nesse ambiente. Ressalte-se outra passagem exposta em tal justificação quanto à opção do Parlamento em não legislar ser uma decisão em si, denotando-se a extensa liberdade que a função legislativa dispõe, ou seja, a manutenção de uma omissão normativa.

Por sua vez, ainda quanto à PL 4075/2019, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania se manifestou favorável ao seu prosseguimento e aprovação, acordando com os argumentos utilizados, além de destacar a impossibilidade de o STF não poder legislar em matéria penal⁹¹. Anteriormente à PL 4075/2019, no Congresso Nacional, foi protocolado projeto de Decreto Legislativo nº. 401/2019, de autoria do então Senador Marcos Rogério (DEM/RO), sendo um de seus objetivos⁹² a sustação dos efeitos legislativos da ADO nº. 26, por contrariar o disposto no inciso XXXIX do art. 5º, no art. 22, I e no art. 48, *caput*, todos da Constituição Federal. Contudo, em 19 de junho de 2019, o projeto foi retirado pelo autor⁹³.

No mesmo seguimento da PL 4075/2019, o projeto de Decreto Legislativo nº. 401/2019 suscita a importância da preservação da competência legislativa em face da atividade jurisdicional expansiva do STF, atacando sua interferência direta em matérias de atribuição do Congresso Nacional.

Na justificação do projeto de Decreto Legislativo nº. 401/2019, encontram-se, mais uma vez, insurgências contra a condição de legislador positivo a qual o STF vem assumindo constantemente, perpassando sobre a violação do princípio da separação dos poderes, além de avaliar a efetividade dos direitos fundamentais como uma espécie de subterfúgio para o cometimento de arbitrariedades, vez que a interpretação empregada “[...] poderá não encontrar limites para uma Corte que sinaliza claramente que pretende constranger o parlamento brasileiro por supostas omissões legislativas”, ao invadir também o mérito administrativo. Assim, tanto a PL 4075/2019 como o projeto de Decreto Legislativo nº. 401/2019 projetam uma reação política à decisão proferida na ADO nº. 26.

No mais, o que essas duas abstrações conceituais – papel contramajoritário e efeito *backlash* – têm em comum é justamente seu caráter opositivo, no sentido de promover uma

⁹¹ Disponível no endereço eletrônico da Câmara dos Deputados em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6E71A3F4AA33F0D214CEE5FFFBB7BB2B.proposicoesWebExterno1?codteor=1829361&filename=Parecer-CCJC-01-11-2019>. Acesso em 19 de abr. de 2023.

⁹² O projeto de Decreto Legislativo nº. 401/2019 também teve como finalidade a sustação de efeitos da decisão proferida nos autos do Mandado de Injunção nº 4.733, que igualmente fora manejado para obter a criminalização das condutas de homofobia e transfobia, tendo julgamento precedente. Esclarece-se, pois, conforme exposto na introdução desta tese que, a despeito de referida ação igualmente tratar de tais temas, optou-se apenas pela análise específica da ADO n.º 26, considerando sua natureza de ação de controle concentrado de constitucionalidade, bem como pelo corte epistemológico, temático e factual realizado, para evitar uma maior dispersão na condução da pesquisa.

⁹³ Disponível no endereço eletrônico do Senado Federal em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137322>>. Acesso em 01 de julho de 2020.

alteração em alguma situação já assentada. Na atuação contramajoritária do STF, há o rompimento com uma mentalidade social ainda não proclamada como aceita, por meio de uma decisão judicial; enquanto, no efeito *backlash*, há um contra-ataque em face dessa decisão, com a finalidade de retomar o *status quo ante* ou retroceder mais profundamente no que foi resolvido.

No caso da criminalização da homofobia e da transfobia, além dos movimentos já citados para tentar deslegitimar a deliberação da Corte Suprema, é possível apontar, hipotética e eventualmente, o surgimento de proposição de reformulações legislativas com o fito de reverter a decisão, bem como para repreender diretamente os ministros. Ademais, o papel contramajoritário e o efeito *backlash* têm a potencialidade real de alcançarem resultados inesperados ou indesejados.

Dito de outro modo, enquanto a função contramajoritária do STF, em linhas gerais, busca a consagração eficiente de algum direito fundamental mediante a prática interpretativa, como forma de reação a uma indefinição ou ausência de proteção pela Constituição Federal. Por outro lado, a decisão advinda desse processo poderá acarretar uma outra reação contrária, que visa exatamente reverter a modificação realizada pelo tribunal, considerando o próprio efeito *backlash*, que se caracteriza pela colateralidade de, no caso em análise, uma decisão mais progressista ser retrocedida em outro nível – Legislativo – ou até mesmo em razão de manifestações contrárias da sociedade mais conservadora. Como visto, visualiza-se a ocorrência desses conceitos no caso da ADO nº. 26, em virtude de uma omissão legislativa, havendo uma ligação direta entre a função contramajoritária e efeito *backlash*.

Com isso, o jogo político-democrático apresenta uma condição de refém de uma série de idiossincrasias provenientes de omissões e ações dos poderes instituídos, os quais exibem uma enorme dificuldade para estabelecer um diálogo viável, mormente em questões tão importantes e urgentes para o bem-estar social.

A partir deste capítulo, percebeu-se como a omissão parlamentar de duas décadas (até o julgamento da ADO nº. 26) mobilizou insatisfatoriamente o ambiente de desenvolvimento político e judicial em torno do tema da criminalização da homofobia e da transfobia, gerando acontecimentos problemáticos de maneira concreta e específica.

Uma das explicações possíveis para essa série de efeitos e desafios é justamente a natureza do tema em debate, cuja conexão é clarividente com a moral, costumes, ideologias e convicções pessoais, em virtude da dificuldade em se estabelecer parâmetros normativos para a

prática da tolerância. Na verdade, ao longo deste capítulo, demonstrou-se que a interseção da matéria entre moral e Direito teve justamente o condão de acirrar mais o debate e a tensão, inclusive, entre os poderes instituídos, para além de ampliar a discussão para a toda a sociedade. Assim como foi – e ainda é – penoso administrar as repercussões do reconhecimento judicial do casamento homoafetivo *vide* o que fora considerado sobre a PL nº. 5.167/2009; não será diferente com a criminalização de condutas discriminatórias contra a comunidade LGBTI, que é alvo de hostilidade constante no seio da sociedade brasileira.

Além da correlação entre a função contramajoritária e efeito *backlash* ora exposta, tem-se outros fatores que se conectam com esses temas, os quais também emergem quando da análise da ADO nº. 26. Explica-se.

O julgamento proferido na ADO nº. 26 tem outra repercussão específica quando da análise da natureza moral dos argumentos extraíveis de seu acórdão, qual seja: o dualismo entre conservadorismo e progressismo. Como visto, no capítulo segundo (item 2.3), a interseção entre moral e Direito no caso da criminalização da homofobia e da transfobia foi um dos elementos determinantes para a morosidade legislativa, de modo que essas pautas mais próximas aos costumes e aos valores sociais despertam maior tensão política.

Com efeito, os poderes da República, de maneira generalizada, divergem entre si com maior intensidade, considerando que o próprio corpo social se insere nesse debate, isso, pelo próprio elemento moral em tela. Além disso, visualiza-se o próprio efeito *backlash* a partir da atuação contramajoritária do STF, consoante tratado. Essa situação destaca-se quando estar-se diante de um Congresso Nacional mais conservador, sendo esse um fenômeno de fácil visualização no cenário brasileiro, em que se observa que, desde 2019 até o ano de 2023, houve um engrandecimento desse perfil entre os parlamentares deste país (Oliveira, *online*, 2023).

Ao se perceber uma representação política no Congresso Nacional massivamente conservadora, ante também uma sociedade conservadora que nele se reflete, percebe-se o papel da Corte constitucional em ser progressista com a finalidade de alcançar os objetivos do Estado Democrático de Direito, ainda que assuma um posicionamento contrário à grande parcela da população, isso, para proteger e ampliar direitos fundamentais e constitucionalmente garantidos.

Pode-se afirmar ainda que o conservadorismo, em um nível de análise moderna, deveria ter como alvo alterações sociais significativas para intentar retomar a chamada “normalidade”, contudo, apura-se que os conservadores contemporâneos se utilizam de tal agenda para manter e

fomentar seu poder e não necessariamente porque acreditam em seu discurso, sendo, portanto, uma busca por apoio e votos (Hoppe, 2014), dissociando sua crença efetiva de sua representação, algo que prejudica não apenas àqueles que se sentem representados, mas também àqueles que não, já que são iludidos por um embate que existe apenas para perpetuação de cargos políticos.

Essa é uma crítica feita por Hans-Hermann Hoppe (2014), a qual se desdobra para um apontamento de falhas da própria democracia representativa, que tende a sofrer com consequências negativas a longo prazo, conforme sua distorção pelos próprios representantes do povo e a falta de compromisso com suas pautas, sejam conservadoras ou progressistas, conforme o caso. Por isso, a atividade do STF é realçada igualmente nesse ponto – para abalizar essas controvérsias e exercer o controle constitucional sobre os atos comissivos e omissivos do parlamento, como ocorreu na ADO nº. 26 neste último caso.

Conforme o entendimento de Hans-Hermann Hoppe (2014), no contexto de democracia representativa, os políticos concentram-se na obtenção de votos em detrimento da tomada de decisões efetivamente grandiosas para a sociedade brasileira, algo que culmina na negligência de pautas relevantes, como é da criminalização da homofobia e da transfobia, que demorou mais de vinte anos para ser concretizada; e tendo o sido por ato do Poder Judiciário e não Legislativo. Nesse contexto, reforça-se que o caráter moral e valorativo desse tema influenciou diretamente na postergação de seu tratamento pelo Congresso Nacional.

Então, diante de toda essa exposição, é possível condensar que existem quatro aspectos indissociáveis dessa omissão parlamentar: a tensão entre os poderes constituídos em meio a uma democracia recente; o conteúdo moral inserido na ADO nº. 26; o perfil crescente do conservadorismo no Congresso Nacional e o elemento progressista da Constituição Federal que reflete no ofício do STF em concretizar direitos fundamentais.

No mais, como outro desdobramento relativo a este caso, deve-se mencionar que, em 21 de agosto de 2023, o STF reconheceu que atos ofensivos praticados contra pessoas da comunidade LGBTI podem ser enquadrados como injúria racial. A decisão foi tomada no bojo do referido Mandado de Injunção nº 4.733, no julgamento de embargos de declaração, que fora apresentado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT).

Lembra-se que, em referida ação, igualmente, tratou-se da criminalização da homofobia e da transfobia, conforme esclarecido na introdução. A questão que se levanta é que tal

entendimento reforça e até estende o posicionamento expostos na própria ADO nº. 26, de modo que o tribunal prossegue em sua atividade contramajoritária, ainda que diante das tentativas de “contra-ataque” do Poder Legislativo.

2.6.1 A inexistência de proteção eficaz no ordenamento jurídico brasileiro antes da ADO nº. 26 ante à particularidade experimentada pela população LGBTI

Por outro lado, deve-se avaliar e antecipar eventuais críticas segundo as quais o ordenamento jurídico brasileiro não seria vazio no que se refere à proteção de pessoas LGBTI, ou ainda, de que também não seria possível um *efeito backlash* advindo do Poder Parlamentar quando já se tem – supostamente – mecanismos de repressão de condutas homofóbicas e transfóbicas.

Para corroborar isso, pode-se elencar a existência dos crimes de “calúnia”, “difamação”, “lesão corporal”, “homicídio” (artigos 138, 139, 129, 121 – todos do Código Penal brasileiro), como exemplos⁹⁴, os quais seriam instrumentos viáveis para punir igualmente essas práticas de homofobia e de transfobia, na medida em que são tipos penais que protegem a honra, a integridade física e a vida de qualquer pessoa. Entretanto, a despeito dessas previsões, é forçoso reconhecer que os componentes da comunidade LGBTI não são inseridos numa generalidade, ou melhor, não estão em um nível efetivamente igualitário com os demais cidadãos brasileiros.

Conforme dissertado ao longo do capítulo inicial desta tese, a população LGBTI faz parte de uma minoria social, que é constrangida, muitas vezes, por uma realidade que intenta refrear sua vivência ante um suposto padrão de conduta heterossexual, especialmente na cultura brasileira que é uma das mais violentas em face desses indivíduos. Assim, esses eventuais entendimentos ignoram essas especificidades quanto à experiência e à singularidade em que tais

⁹⁴ Outro produto legislativo importante nesse sentido é o Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016, da Presidência da República, o qual dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Esse Decreto claramente protege direitos de liberdade e igualdade das pessoas LGBTI, mas não tem o condão de refrear e/ou punir violência destinadas a esses indivíduos, razão pela qual se reitera a imprescindibilidade de uma ferramenta jurídica mais específica para criminalizar condutas homofóbicas e transfóbicas.

⁹⁵ Reconhece-se, inclusive, o direito à indenização por danos morais em razão de prática de homofobia na jurisprudência brasileira (v.g. Tribunal Superior do Trabalho – Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, nº. 5032520115020076, Relator: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 28/03/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: 31/03/2017), algo que aponta uma alteração de acepção desses paradigmas discriminatórios, todavia, mais uma vez, percebe-se sua insuficiência, visto ser um meio de conservação de direitos no campo cível.

pessoas são cerceadas de suas liberdades, em função de opiniões e crenças de mundo preconceituosas.

De fato, os expedientes legais citados acima exercem certo tipo de defesa em favor desses indivíduos. Todavia, compreende-se, nesta tese, assim como o foi na ADO nº. 26, que essas previsões normativas não eram suficientes à contenção da homofobia e da transfobia. Lembra-se da própria Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/2006) que instituiu uma proteção distinta e necessária à outra minoria social: às mulheres, considerando também às situações experimentadas por elas, em que as outras ferramentas legais, até então existentes, não eram satisfatórias da mesma maneira.

Reconhece-se que as condutas de homofobia e de transfobia não estavam impunes antes do julgamento da ADO nº. 26, porém, uma normatização protetiva especial tem a finalidade de garantir maior efetividade, bem como uma mudança de cultura e de concepção de moralidade social, a partir de referida ação constitucional. Com isso, ressalva-se que a decisão do STF proferida na ADO nº. 26 não necessariamente supriu uma lacuna absoluta no ordenamento jurídico nacional quanto a essas questões de sexualidade e de gênero, no entanto, a regulamentação até então existente não se exibia como bastante.

Paulo Iotti Vecchiatti (2022), advogado que subscreve a petição inicial da ADO nº. 26, inclusive, disserta que o STF estabeleceu uma interpretação conforme à Constituição Federal ao compreender a homofobia e a transfobia como formas de racismo social, havendo uma proteção não satisfatória à comunidade LGBTI no ordenamento jurídico nacional previamente. Ainda, ele sustenta que não houve atividade legislativa realizada pelo tribunal constitucional na demanda em comento, mas, na verdade, realizou-se uma harmonização semântica dessas condutas ao crime de racismo, vez que o conceito de raça, consoante corroborado pelo próprio STF, não se restringe às concepções de cor e etnia, dizendo respeito também a um grupo segregado tal como os indivíduos LGBTI.

Ressalta-se que o autor aborda, em outro momento (2019), que essa interpretação estaria dentro do sentido permitido pela chamada moldura de Kelsen, rebatendo diretamente as críticas sobre a inexistência de lacuna normativa no sistema jurídico brasileiro quanto a esse assunto. Ele defende que o Código Penal, por exemplo, não considera hipóteses em que haja discriminação em suas tipificações legais, tampouco alberga violências a grupo sociais/coletivos. Com efeito,

conclui-se que a omissão legislativa não era justificável, mas, por meio deste capítulo, compreendeu-se melhor as razões que são ligadas aos aspectos para além da gramática jurídica.

3 A PERFORMANCE DELIBERATIVA E O *DESIGN* INSTITUCIONAL DO STF QUANTO AO CONTEÚDO MORAL NA ADO Nº 26: A FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA E A INTERPRETAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA-NORMATIVA NO CASO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA

Até este momento, a pesquisa delineou-se por meio de dois capítulos, nos quais, resumida e respectivamente, foram tratadas questões relacionadas à: possibilidade e a maneira pela qual a moral pode ser determinada e estudada cientificamente e, em especial, pela Ciência Jurídica, considerando os princípios normativos como núcleo fundamental para este entendimento; em seguida, debruçou-se sobre as motivações contextuais, sociais, políticas e jurídicas pelas quais o tema da criminalização da homofobia e da transfobia teve de ser levado ao apreço do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a omissão legislativa, apresentando, inclusive, uma análise quanto aos dados desta inércia parlamentar, isto é, dados específicos em relação aos projetos de leis sobre o assunto que não tiveram finalização/aprovação.

No segundo capítulo, a intersecção entre moral e Direito exibiu-se ainda mais expressiva, vez que a criminalização da homofobia e da transfobia não é um conteúdo “apenas” polêmico, mas também desperta um complexo de sensações e interesses do meio social justamente em razão de sua natureza moralista e costumeira que, ainda, se relaciona com crenças religiosas de algumas pessoas, algo que pode ser aproveitado como agenda de alguns parlamentares.

Isso, tem implicações diretas sobre o Poder Legislativo e Judiciário, como visto, podendo ocasionar tensões entre essas esferas, a partir da transferência de pautas legislativas para o STF especificamente, gerando consequências negativas à frágil democracia brasileira. Com esses dois capítulos, partiu-se de uma análise teórico-argumentativa para uma investigação em que foi possível quantificar e atestar uma hipótese levantada quanto aos motivos da omissão parlamentar ter permanecido praticamente por vinte anos até o julgamento da ADO nº. 26. A pouca vontade política de alguns legisladores foi fundamental, em síntese; notadamente em razão desta temática não agradar seus eleitores.

Para este derradeiro capítulo, a avaliação sobre o entroncamento entre e moral e Direito será feita, finalmente, em sede de fundamentação judicial, isto é, por meio do acórdão proferido na ADO nº. 26 e votos dos respectivos ministros para que seja possível extrair os resultados empíricos da determinação da moral pelo Direito, notadamente quando da interpretação e

avaliação jurídico-normativa feita judicialmente. Como premissa adotada desde o primeiro capítulo desta tese, entende-se que esse conteúdo moral a ser avaliado encontra-se nos moldes de princípio-norma.

Para tanto, primeiramente, deve-se ressaltar que o sistema de revisão judicial da legislação por um tribunal constitucional é alvo de muitas críticas pela doutrina e comentaristas da área. Entretanto, esse sistema é ainda bastante abonado pelas democracias ocidentais, como é o caso do Brasil, apesar de apresentar inevitáveis problemas em meio a aplicação do princípio da separação de poderes e da concretização dos freios e contrapesos pertinentes, como visto no capítulo segundo.

Conrado Hübner Mendes estruturou e sistematizou interessante estudo (*“Constitutional courts and deliberative democracy”*, 2013) no sentido de definir, genericamente, o que seria um tribunal constitucional, analisar sua atividade, mediante a formulação conceitual sobre a deliberação constitucional e virtudes a serem buscadas pela Corte, como é o caso da colegialidade, além de apresentar hipóteses para uma configuração ou *design* institucional adequado de um tribunal constitucional. Esta obra será utilizada como base teórica do desenvolvimento deste capítulo, com a finalidade de estabelecer uma compreensão sobre a atividade do STF na qualidade de tribunal constitucional e, depois, estudar sua atuação no bojo da ADO nº. 26.

Com base nisso, neste capítulo, serão ponderados, no contexto da realidade brasileira e do Supremo Tribunal Federal – STF –, aspectos quanto à sua condição como guardião da Constituição e sua legitimidade, seu papel deliberativo e promoção da colegialidade para, então, resultar na avaliação de seu *design* institucional e performance deliberativa quando do julgamento da ADO nº. 26, para a averiguação do conteúdo moral nesta inserida.

No progresso deste capítulo, utilizar-se-ão essas proposições teóricas alinhadas ao Método de Análise de Decisões – MAD – o qual já foi referenciado na introdução desta pesquisa. Para a implementação do MAD, foi elaborada um “Banco de Informações” (Anexos I e II), em que constam dados sobre o andamento e julgamento da ADO nº. 26, a saber, seu trâmite, partes e os próprios votos dos ministros do STF. Isso, a partir de critérios delineados em tabelas especificadas, nomeadas e codificadas.

Explica-se. Este “Banco de Informações” está dividido da seguinte forma: Anexo I, referente ao trâmite da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, cuja Tabela I

representa a descrição das partes da ação e a Tabela II diz respeito ao resumo das movimentações da demanda, a qual fora desenvolvida por ordem cronológica de tramitação dos pedidos, expedientes e decisões. Cada tabela conta com um código – sequência de letra e número – para a especificação das partes e de cada andamento processual⁹⁶.

Já o Anexo II apresenta os votos dos ministros que perfazem o acórdão da ADO nº. 26, os quais foram divididos em tabelas próprias, ou seja, uma tabela para cada ministro, sendo: Tabela I – Voto do Ministro Celso de Mello, Tabela II – Voto do Ministro Luiz Edson Fachin, Tabela III – Voto do Ministro Alexandre de Moraes, Tabela IV – Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Tabela V – Voto da Ministra Rosa Weber, Tabela VI – Voto Ministro Luiz Fux, Tabela VII – Voto Ministra Cármen Lúcia, Tabela VIII – Voto Ministro Ricardo Lewandowski, Tabela IX – Voto Ministro Gilmar Mendes, Tabela X – Voto Ministro Marco Aurélio e Tabela XI – Voto Ministro Dias Toffoli (então Presidente).

Cada tabela também apresenta um código específico para facilitar a compreensão e as citações feitas ao longo dos itens deste capítulo. Igualmente, esses códigos são representados pela sequência crescente e lógica de uma letra do alfabeto e um número. A elaboração, sistematização, composição e disposição desses Anexos e Tabelas foram realizadas a partir da leitura integral do acórdão da ADO nº. 26 (com quinhentas e sessenta e seis páginas), bem como a partir da análise e consulta do inteiro teor do processo, por meio do acesso pelo certificado digital da autora da tese.

Especificamente, quanto ao Anexo II⁹⁷, promoveu-se uma seleção e sintetização dos critérios dispostos nas Tabelas respectivas, quais sejam “princípios, fundamento normativo, disposição e autores citados”, com a finalidade de se expor cada voto de maneira simplificada, em consideração às próprias premissas teóricas estabelecidas nos capítulos primeiro e segundo deste trabalho. Isso, a partir da matriz principiológica e constitucional extraída de cada voto, de modo que os critérios de “princípios, fundamento normativo, disposição e autores citados” refletem os posicionamentos mais relevantes dos ministros para fins de criminalização das condutas de homofobia e de transfobia, em consonância com o objeto desta tese.

⁹⁶ A consulta à íntegra da ação e peças foi possível pelo link: <<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/dashboard>>, referente ao sistema de virtualização de processos do Supremo Tribunal Federal, com utilização da certificação digital da autora desta tese. Acesso em 15 de mar. 2023.

⁹⁷ A forma de composição, produção e critérios utilizados para a edificação a Tabela II do “Banco de Informações” estão ainda mencionados em rodapé do próprio Anexo II.

Assim, para uma melhor visualização e análise da integralidade dos votos de cada ministro, utilizou-se palavras-chaves que têm aptidão de sintetizar seu posicionamento/interpretação completa acerca do tema em julgamento, algo que ainda é desenvolvido textualmente neste capítulo.

Frisa-se que, no penúltimo item deste capítulo terceiro, será sucedida ainda uma outra pesquisa empírica para verificar de que forma os Tribunais de Justiça brasileiros vêm aplicando os pressupostos estabelecidos no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, desde a divulgação de seu acórdão (em 06 de outubro de 2020) até a finalização desta tese. A metodologia e o detalhamento desta tarefa serão expostos devidamente em item próprio (3.6).

O objetivo fundamental dessa verificação é: entender de que forma os Tribunais de Justiça vêm ocupando-se da temática em tela; se, de fato, a criminalização da homofobia e da transfobia está sendo reconhecida na prática; se há obediência e convergência de seus posicionamentos com a decisão do Supremo Tribunal Federal e, se o conteúdo moral a ser identificado na pesquisa tem alguma relevância ou concretização para os órgãos jurisdicionais de segunda instância. Por fim, far-se-á uma necessária distinção entre ativismo judicial e argumentação moral, haja vista todo o percurso investigativo desta pesquisa quanto à relação entre moral e Direito em ambiente decisório.

3.1 O STF como guardião da Constituição (e das urgências sociais) e o questionamento à legitimidade dos ministros

Como urgência social, tem-se a própria luta da comunidade LGBTI com o fim de regulamentar e instituir punições próprias em face de violências propagadas em face de seu “ser”, ou seja, de suas condições e orientações naturais. E, ainda que se considerasse que orientação sexual e de identidade de gênero fossem uma escolha, independentemente de análise científica em relação a isso, questiona-se: uma escolha que tão somente tenha relevância na vida privada de um indivíduo, poderia ser depurada da sociedade civil normativamente?

A resposta para este questionamento apenas pode ser negativa, uma vez que, mais uma vez, dentro das noções de permissibilidades de prática de um direito (de liberdade), aquilo que não é proibido ou, tampouco, é nocivo, não pode ser rechaçado ou limitado (Alexy, 2012), tendo em vista a abertura do campo temático do próprio direito fundamental à liberdade sexual e à

identidade de gênero, que providencia a não eliminação, em princípio, de qualquer exercício de faculdade jurídica (Silva, 2010).

Em dado caso concreto, seria factível depreender que relações intergênero, por exemplo, poderiam violar um direito alheio? Consoante preceitos constitucionais e o atual entendimento do STF, mais uma vez, a resposta seria negativa, inexistindo restrições nesse sentido. Entretanto, esse assunto ainda é alvo de muitos questionamentos, tanto por parte da sociedade civil, como de alguns atores políticos.

Com efeito, desde antes da propositura da ADO nº. 26, já existiam projetos de lei no sentido de regulamentar os delitos da criminalização da homofobia e da transfobia – *vide* análise legislativa no capítulo segundo desta tese quanto à PL 5/2003 e demais projetos de lei –, sendo essa delonga parlamentar o relevante motivo para o ajuizamento da ação constitucional em comento. Dessa forma, o STF foi inserido nesta discussão para integrar a omissão normativa no que concerne, genericamente, à proteção da comunidade LGBTI e, especificamente, ao rechaço e à repressão da violência em face dessas pessoas.

Todavia, essa provocação ao STF reforçou o ambiente já conturbado entre Poder Legislativo e Judiciário, fazendo surgir mais um embate em torno desses dois poderes. De um lado, os legisladores questionam a legitimidade do STF para revisar decisões ou omissões parlamentares; por outro, a Suprema Corte brasileira contraria essa insurgência, sustentando a necessária atuação judicial para concretizar direitos fundamentais não regulamentados.

Inclusive, no próprio acórdão que julgou a ADO nº 26, nos votos dos ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes (2019), destacam-se alguns argumentos em defesa da atuação legítima do STF em apreciar àquele tema, em que os ministros demonstram uma fundamentação decisória que abrange, de certo modo, o embate entre Judiciário e Legislativo.

Do voto do ministro Luiz Fux, por exemplo, extrai-se menção ao “dever contramajoritário do STF”; ao “compromisso da Justiça”; à “efetividade da Constituição” e ao “princípio democrático”; expressões que denotam que a Suprema Corte brasileira exerce atividade compatível e necessária para a concretização das normas constitucionais, ainda que se manifeste divergente do pensamento de parte da população e até mesmo dos legisladores, tendo a finalidade de fortalecer os preceitos democráticos. Por sua vez, do voto do ministro Gilmar Mendes, extrai-se referências à: “intervenção legítima do Poder Judiciário”; à “insuficiente proteção” e ao “dever de proteção constitucional”, isto é, numa clara defesa da atuação do STF

em face da inércia do Congresso Nacional (conforme Anexo II desta pesquisa, Tabela VI, código “I1” e Tabela IX, código “L1”, respectivamente).

Essa valoração nos próprios votos dos ministros enfatiza o reconhecimento destes sobre a existência de um movimento em face de sua atividade, de modo que apresentar razões decisórias que evidenciam antagonismo a isso se mostra imprescindível. Além disso, outros ministros fazem referência direta ao Estado Democrático de Direito e ao regime democrático com o condão de reforçar o cumprimento desses preceitos pelo STF (conforme Anexo II, Tabelas I, II, III, VI, IX, códigos “C1”, “D1”, “E1”, “I1” e “L1”).

Outra crítica em relação à performance dos ministros do STF é feita quanto à prolação de possíveis decisões manipulativas. Explica-se. André Dias Fernandes (2016) elaborou um estudo detalhado sobre esses tipos de deliberações, apontando que, no controle de constitucionalidade brasileiro, estas são proferidas quando um tribunal, por exemplo, atua para além de suas atribuições, mas não apenas isso. Em senso contrário à definição do autor, ao apresentar limites às decisões manipulativas, estas seriam aquilo que, a par de buscar corrigir injustiças e desconformidades normativas, o órgão jurisdicional atuaria como legislador positivo, ao violar o princípio da separação dos poderes, da proporcionalidade, da razoabilidade, da reserva do possível, à exigência de declaração prévia de inconstitucionalidade, ao óbice da coisa julgada e das fórmulas de preclusão, à compreensão da sanção de nulidade como norma-regra, à exigência de solução constitucional obrigatória ("*a rime obbligate*") e à proibição de efeito aditivo, integrativo ou substitutivo *in malam partem* em matéria penal, disciplinar e tributária. O autor ainda discorre que o risco de *backlash* de uma decisão manipulativa deve ser considerado como limite à sua proclamação.

Contudo, com as vênias pertinentes, quanto ao risco de uma decisão judicial gerar *backlash* de forma geral, nesta tese, discorda-se de antemão, na medida em que um tribunal não se pode pautar ou restringir sua atuação com base tão somente numa eventual reação política do Poder Legislativo. Além disso, no caso específico da ADO n°. 26, não se considera que, em seu julgamento, fora proferida uma decisão manipulativa. As razões dessa concepção estão expostas a seguir.

Primeiro, porque não houve legislação positiva do STF. Apesar das críticas, filia-se à posição de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2019), ao entender que o STF não fez analogia para prejudicar, mas apenas aplicou a subsunção penal correta ao enquadrar semântica e

historicamente as condutas de homofobia e de transfobia como racismo. Segundo, porque não houve violação ao princípio da separação dos poderes, vez que referido tribunal é constitucionalmente autorizado a atuar em casos de omissão parlamentar por meio de Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão. Terceiro, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não foram violados, pelo contrário. O STF também atuou conforme os preceitos constitucionais do devido processo legal, não havendo atividade desproporcional, em termos técnicos, ou tampouco não razoável⁹⁸. Quarto, a reserva do possível não foi infringida, vez que a atuação estatal era fundamental neste caso, mormente em razão do permissivo constitucional.

Em prosseguimento, como quinto motivo, tem-se que numa ação de controle concentrado de constitucionalidade não há exigência de declaração prévia de inconstitucionalidade/constitucionalidade, mormente porque, no caso da ADO n.º. 26, buscava-se a integração de uma lacuna normativa. Sexto, porque não havia formação de coisa julgada ou tampouco preclusão na ADO n.º. 26. Sétimo, não se restou evidenciada qualquer nulidade em referida ação constitucional. Oitavo, vez que houve uma solução efetivamente constitucional para o caso. Por fim, conforme já delineado, a decisão proferida não violou à legalidade penal, na medida em que houve uma interpretação conforme à Constituição com base na própria acepção científico-histórica de raça.

A despeito disso, converge-se com o autor quanto à necessidade do desenvolvimento de uma autocontenção geral dos tribunais, com estímulo maior de interação entre as instituições e com o corpo social, no sentido de evitar decisões efetivamente manipulativas.

No que concerne ainda à essa eventual (i)legitimidade dos ministros que, por vezes, é levantada, importa entender o que seria efetivamente um tribunal constitucional e sobre seu funcionamento e atividade, para que se possa delinear uma configuração institucional e uma ação deliberativa que fossem adequadas e, posteriormente, aplicar esses conceitos à realidade do STF. É inegável que este tribunal é instituído como guardião da Constituição, sendo essa sua principal

⁹⁸ Compreende-se que o julgamento da ADO n.º. 26 observou as demarcações do princípio da proporcionalidade, isto é, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, vez que a decisão proferida era adequada ao considerar o meio utilizado, o pedido e a competência do STF; também era necessária, pois seria a forma realmente efetiva para se obter a criminalização da homofobia e da transfobia, ante à insistente omissão do Poder Legislativo. E, por fim, foi proporcional em sentido estrito, já que a avaliação do “custo-benefício” desse resultado revela que a atuação do STF seria muito mais favorável do que desfavorável à sociedade e à conformidade com a Constituição Federal. Além disso, a decisão é igualmente razoável, já que se exhibe coerente ao sistema processual de tomada de decisões imposto pela Constituição Federal (Barroso, 2018).

razão de existir. Contudo, ainda assim, sua forma de operação em relação às pautas legislativas, com a promoção de uma postura mais ativista, é bastante criticada.

Para condensar, de forma crítica e opinativa, uma exploração sobre referidas particularidades quanto à performance decisória do STF no cenário brasileiro, será necessário compreender os contornos para a definição de um tribunal constitucional, bem como sobre sua atividade deliberativa e práxis de sua colegialidade. Além disso, deve-se apurar também a condição do Supremo Tribunal Federal como guardião da Lei Fundamental e das próprias expectativas sociais em face de possíveis contestações de sua legitimidade (Ferraz Jr., 2014). Nisso, a utilização da teorização de Conrado Hübner Mendes (2013) será essencial, considerando o estudo analítico e generalista promovido por ele sobre as bases e fundamentos de um tribunal constitucional. A partir de agora, far-se-á essa transmutação associativa e interpretativa segundo os aspectos de deliberação, colegialidade e *design* institucional em relação ao STF, apresentados por este autor.

Assim, se o STF dispôs de legitimidade ou não para decidir o caso da criminalização da homofobia e da transfobia cumpre entender seu papel deliberativo, na qualidade de um tribunal constitucional e sobre o *design* institucional adequado para que o STF executasse sua atividade deliberativa na ADO nº. 26.

O Poder Judiciário brasileiro tem no Supremo Tribunal Federal a figura institucional que representa a mais alta instância de decisão jurídica, mas também política, tendo em vista sua ampla competência e possibilidade de intervenção direta em temas da política nacional, mediante provocação. O STF, portanto, na qualidade específica de um tribunal, exerce funções típicas e atípicas, tal como ocorre no âmbito dos outros Poderes e seus órgãos próprios. Essa relação do STF com assuntos advindos da política é extraída da própria Constituição Federal, a qual tem esse perfil duplo, que é representado por um acoplamento estrutural entre Direito e Política (Villas Bôas Filho, 2006), tendo em vista seus diversos conteúdos que carregam esses prismas.

Como dito, o perfil do STF diferencia-se de outros tribunais, tendo em vista sua faceta jurídico-política (Mendes, 2013), ou seja, na condição de um tribunal constitucional, atua também em questões vinculadas à organização estatal, ordenação dos poderes, proteção de direitos e garantias fundamentais, soberania nacional, dentre outros assuntos previstos na Lei Fundamental, a qual é caracterizada justamente por ser a norma máxima e superior de um Estado.

Mas o que seria um tribunal constitucional? Em primeiro lugar, interessante resgatar, ainda que rapidamente, a discussão sobre quem seria o guardião da Constituição; travada intelectualmente entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, no início do século XX e, posteriormente, verificar em que ambiente o Brasil estaria inserido. Referidos autores partem de duas concepções distintas de Constituição para estabelecer quem melhor seria seu defensor: Constituição como decisão política e Constituição como norma pura fundamental, respectivamente (Kelsen, 2003; Schmitt, 2007).

Em suma, Schmitt entende que um tribunal se limita a realizar o controle geral das leis, mas não executa o controle de constitucionalidade, ao dissertar que as problemáticas constitucionais seriam de competência do Chefe do Executivo, por serem temas de natureza política e somente o eleito pelo povo – aquele que seria o verdadeiro soberano e legitimado – poderia efetivar a defesa da Constituição, já que, em sua teoria, a Constituição Federal seria uma decisão política unitária do povo (Schmitt, 2007).

Kelsen, por sua vez, compreende que as questões políticas não são incompatíveis com as questões jurídicas, uma vez que, segundo ele, o ato decisório em si já seria um ato político (Kelsen, 2003), nos moldes de seu método voluntarista de interpretação do Direito (Bonavides, 2013). Neste método, a norma é vislumbrada como um quadro ou moldura em que há várias possibilidades de interpretação, na medida em que o julgador exerce um ato político ao “optar” por uma possibilidade de resultado ao invés de outro, após todo o percurso científico de construção dos vários sentidos da norma⁹⁹.

Nesse sentido, Kelsen sustenta que o tribunal seria a melhor instância para fazer a defesa da Constituição, já que esta condensaria igualmente aspectos jurídicos e políticos, havendo uma equidistância maior do Poder Judiciário das esferas executivas e legislativas. Kelsen fundamenta, portanto, o controle de constitucionalidade por um tribunal específico. Por este entendimento, o tribunal estaria qualificado técnica e legalmente para ser o guardião da Constituição, ao se admitir igualmente a forma de acesso aos cargos dessa instituição, ainda que não houvesse um caráter representativo do povo. De outro lado, Schmitt persiste na ideia de que o Chefe do Executivo ser eleito pelo povo seria condição sem a qual não seria possível conferir legitimidade a seu papel de defensor da Constituição.

⁹⁹ Há sempre uma margem de apreciação livre por parte do intérprete, nesse caso, o julgador, o qual, dentro de um “quadro” de interpretações possíveis, resolve aplicar uma delas (Kelsen, 2000b).

Percebe-se facilmente a importância de tal debate para o aprimoramento do estudo da jurisdição constitucional, em virtude de reflexões que vão desde a concepção de Constituição, seus fundamentos, conteúdo e estrutura até uma proposição de sua defesa e proteção. No Brasil, adota-se uma espécie de teoria mitigada que contempla o raciocínio de ambos os autores, na medida em que o STF, como tribunal constitucional, é o defensor da Constituição Federal e, portanto, seu guardião; porém, a nomeação dos ministros deste tribunal ocorre por indicação do Presidente da República (o soberano e real legitimado dos poderes conferidos pelo povo, na leitura de Schmitt).

Ressalva-se, porém, a crítica destinada a um modelo de tribunal constitucional que admita a nomeação e não eleição de seus membros, com base no questionamento sobre a própria legitimidade dos ministros para exercer esse papel, tendo em vista a ausência de motivação ética e técnica para que uma Corte detenha relevante poder em meio a uma sociedade complexa, dentro de um Estado Democrático de Direito (Bustamante, 2015). Isso, leva em consideração justamente a forma de ingresso dos ministros, os quais não são democraticamente eleitos. Por isso, pode-se argumentar que o STF não seria uma genuína Corte constitucional, nos moldes propostos por Kelsen/Schmitt, principalmente ao se avaliar sua legitimidade, tendo em vista as distorções e adaptações dos critérios inicialmente propostos por estes autores.

Contesta-se a legitimidade do STF para desempenhar o papel de tribunal constitucional em três aspectos: quanto ao ingresso dos ministros, ao exercício de sua atividade e ao controle social (Belchior, 2008). Quanto à primeira categoria, o STF não seria o órgão mais indicado para realizar a interpretação da norma suprema do Estado, tendo em vista sua ausência de representatividade perante o povo, vez que seus membros não são eleitos e, sim, nomeados pelo Chefe do Executivo.

Quanto à segunda categoria, o STF incorre na disfunção de não decidir totalmente com base nas leis e na Constituição, de modo a considerar as eventuais consequências de sua decisão, em detrimento dos preceitos constitucionais por vezes, podendo-se extrair de algumas de suas decisões a adoção de critérios distintos e de caráter pessoal, ao invés de constitucionais, no que concerne à motivação, agindo de forma ilegítima, pois. Por fim, quanto à terceira categoria, percebe-se que não há instrumentos efetivamente hábeis em favor do povo para controlar as decisões do STF, vez que as medidas que existem, de alguma forma, são julgadas pelos tribunais subordinados ao STF ou pelo próprio (Belchior, 2008), algo que torna dificultoso e inapropriado

o exercício de um eventual e real mecanismo de controle social, porque a noção de imparcialidade se torna distante.

Ainda, quanto à segunda categoria, reforça-se a já mencionada crítica de Mendes (2018, *online*) quanto à atuação inapropriada do STF em manter uma agenda própria de interesses em detrimento da aplicação normativo-constitucional em alguns casos; ao, principalmente, não estabelecer critérios mínimos e prévios de decidibilidade e tampouco em relação ao seu funcionamento e organização interna quanto ao que irá e quando irá ser julgado. Nisso, o autor demonstra igualmente que a atividade deste tribunal exige certo controle e supervisão.

Por outro lado, no acórdão da ADO nº. 26, extrai-se, do voto do ministro Luís Roberto Barroso (2019), que este entende que, além do “papel contramajoritário”, o STF detém uma função “representativa” e “iluminista”, ou seja, que a Suprema Corte brasileira é responsável e competente para esclarecer, ampliar, progredir e modificar os entendimentos e interpretações normativas com o intuito de alterar os rumos da sociedade e da história, de modo racional (conforme Anexo II, Tabela IV, código “F1”).

Inclusive, em artigo (*online*, 2018), o ministro já havia apresentado resposta direta contra as críticas de Hübner Mendes, ao defender publicamente esse papel iluminista do STF, acrescentando que este deve ser desenvolvido com cautela, já tendo sido responsável por significativos progressos da humanidade em temas relevantes, como é o caso dos direitos fundamentais de pessoas consideradas minorias sociais, tais como negros, mulheres, deficientes e a própria comunidade LGBTI. O ministro destaca que, para o exercício da função iluminista do STF, é imprescindível a manutenção de equilíbrio entre três aspectos: a limitação do poder, o governo da maioria e o respeito aos direitos fundamentais.

Dito isso, apesar de a competência e composição do STF estarem previstas na Constituição Federal de 1988, isso não implica, necessariamente, em sua legitimidade, mas sim na legalidade e constitucionalidade de sua atuação, não sendo um tribunal constitucional autêntico, segundo as visões ora expostas – ao se inserir a noção de reconhecimento popular como condicionante à configuração de sua legitimidade.

Nesse contexto, considerando a explanação acima, reputa-se que parte do questionamento inicial sobre a definição de um tribunal constitucional fora respondido, no entanto, essa concepção não se limita a esse aspecto (guardião da Constituição), por isso, esse resultado seria ainda insuficiente e equivocado. Numa perspectiva hodierna, Conrado Hübner

Mendes (2013) apresenta um modelo teórico próprio de um tribunal constitucional, o qual lida justamente com as críticas discorridas quanto à configuração clássica, especialmente no que atine à legitimidade de uma Corte constitucional, revelando-se como um modelo mais contemporâneo.

Segundo o citado autor, um tribunal constitucional ou uma Corte constitucional pode ser concebida como um órgão com vários membros não eleitos democraticamente que, ao ser provocado por atores externos, tem a competência de desafiar ou afastar, com base em fundamentos constitucionais, a legislação oriunda do parlamento ou atos do próprio Poder Executivo (Mendes, 2013), justamente para efetivar a proteção da Constituição.

Esta é uma conceituação genérica a qual abrange a essência de um tribunal constitucional, conforme este entendimento, podendo, assim, haver peculiaridades que estabeleçam perfis próprios de atuação de cada tribunal. Assim, o STF revela-se como tribunal constitucional, mas possui, assim como outros tribunais dessa natureza, um desenho ou *design* institucional próprio de funcionamento e dinamismo, algo que será melhor tratado ainda neste capítulo.

Neste momento, importa compreender que o STF, para além de um tribunal constitucional, tornou-se também uma espécie de centro das esperanças e dos anseios sociais, em razão do crescente nível de desconfiança da população sobre as instituições dos demais poderes (especialmente o Congresso Nacional), em virtude do surgimento de inúmeros casos de escândalos de corrupção que vêm notoriamente se firmando como rotina na história da política brasileira¹⁰⁰. Verifica-se que esse depósito de credibilidade da população brasileira em relação ao STF ocorre ainda que esta instituição não tenha sido democraticamente eleita.

O STF, dessa forma, obteve um protagonismo maior justamente em razão de processos de sua competência que atingiram autoridades da cúpula dos poderes da República, despertando o interesse maior do povo sobre seu ofício, ao se visualizar a importância da atividade de um tribunal constitucional para a concretização dos ideais democráticos (Belchior, 2008).

Em decorrência do julgamento e da efetiva punição de políticos comprovadamente corruptos, o STF passou a ser visto como uma espécie de “justiceiro” e recebeu mais prestígio

¹⁰⁰ Entretanto, registra-se que o nível de confiança do cidadão no Poder Judiciário vem decaindo com o passar dos anos; é o que aponta o Relatório apresentado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV – Escola de Direito de São Paulo (2017). Neste documento, certifica-se que somente 24% dos entrevistados confiam no Poder Judiciário no ano de 2017 e que, de 2013 ao primeiro semestre de 2017, essa confiança caiu dez pontos percentuais, passando de 34%, em 2013, para 24%, em 2017.

perante a sociedade, de modo que até seus ministros passaram a ser nominalmente conhecidos e mais respeitados¹⁰¹. Com efeito, grandes pautas e temas, com maior ênfase, começaram a ser objeto de apreciação do STF, isso motivado também pelo enorme crédito concedido ao tribunal constitucional brasileiro, o qual, muitas vezes, é visto como guardião das urgências sociais, algo que é normal num cenário de “desconfiança político-eleitoral” (Mendes, 2013).

Além das pautas que envolvem casos de corrupção, o STF passou a ser também mais provocado a atuar em assuntos de importante repercussão social, algo também ocasionado pela descrença no Congresso Nacional e em suas insistentes omissões em legislar sobre pautas determinantes, a exemplo do que ocorreu com o próprio objeto de estudo desta pesquisa (ADO nº. 26), em que o STF foi chamado a suprir e integralizar omissão legislativa sobre a criminalização das condutas de homofobia e de transfobia.

Por isso, considerando que o STF é uma Corte constitucional que possui como incumbência primordial a prolação de deliberações sobre temas de enorme repercussão social (de natureza constitucional e moral), é necessário compreender e refletir sobre seu papel institucional e sua performance deliberativa, de modo a averiguar qual seria a configuração apresentada pelo STF em sua atuação, no contexto do julgamento da ADO nº. 26, com especial atenção à apreciação do conteúdo moral de sua fundamentação decisória.

Nesse intento, este trabalho continuará a utilizar como base teórica a obra de Conrado Hübner Mendes, assumindo seus conceitos e institutos quanto ao entendimento sobre questões ligadas à política, guarda constitucional, instituições e deliberação, conforme abordado em sua obra; isso, para além do próprio Banco de Informações (Anexo I e II).

3.2 O alcance do papel deliberativo do tribunal constitucional na atividade de interpretação normativa (e associações com o julgamento da ADO nº. 26 pelo STF)

O primeiro atributo para ser evidenciado de uma Corte constitucional diz respeito ao seu papel deliberativo, ou seja, sua idoneidade e ofício de prolatar julgamentos sobre conteúdos de repercussão, efeito e observância geral, principalmente nas hipóteses de ações objetivas (controle concentrado de constitucionalidade). A concepção de decisão é diversa da de deliberação, a qual se revela como principal “produto” de um tribunal constitucional

¹⁰¹ Um caso emblemático que expressa essa mudança quanto ao reconhecimento popular do tribunal ocorreu em face do processamento e julgamento da Ação Penal nº. 470 (AP 470), que ficou conhecido como “mensalão”, que fora amplamente divulgado, inclusive, televisivamente.

Por isso, em situações como a encontrada no julgamento da ADO nº. 26, meras decisões não são suficientes, isto é, decisões monocráticas; todavia exige-se a prolação de deliberações, as quais são denominadas diferentemente por serem caracterizadas pelo aspecto da colegialidade, em que toda a composição da Corte é conclamada a se debruçar sobre determinado tema, resolvendo-o pela maioria dos votos de seus ministros, após a realização de debates e câmbio de ideias, algo que impacta de forma benéfica na qualidade das deliberações.

Isso se dá exatamente pela especificidade e alcance da matéria que é tratada no âmbito de um tribunal constitucional, que necessita de uma espécie de maturação maior e mais aprofundada por causa do perfil jurídico-político desses julgamentos, como já mencionado. Por isso, impede-se entender quais os contornos da noção de deliberação efetivamente, considerando o ambiente em que são construídas e os “atores” dessa atividade, na tentativa de aferir como se dá a real condução do STF em seu papel deliberativo.

No próprio voto da ministra Rosa Weber (2019), no âmbito da ADO nº. 26, ela destaca a importância do aspecto da colegialidade para as deliberações da Corte (Anexo II, Tabela V, Código “H1”); isso, a fim de também reforçar e fundamentar a aplicação da interpretação conforme à Constituição no caso da criminalização da homofobia e da transfobia. Apesar disso, não há, em seu voto, qualquer consideração sobre a forma que a colegialidade ali está sendo empregada.

Neste momento, apresenta-se qual seria a essência do ato deliberativo, segundo os estudos de Conrado Hübner Mendes (2013). A noção de deliberação está diretamente conectada ao “espírito” democrático de um Estado, isto é, reforça os institutos de participação e de inclusão dos indivíduos, primando por um ato qualitativo em termos de discussão e confrontação de argumentos, ocasionando um consequente ganho em sua edificação e, até mesmo, na produção de conhecimento jurídico. Dessa forma, a deliberação, em razão de seu caráter de colegialidade e dialeticidade, é um elemento valioso para um tribunal constitucional (Mendes, 2013). É da essência da deliberação que haja uma avaliação mais aprofundada da situação por aqueles que deliberam (“deliberadores”¹⁰²) e uma abertura para os debates (Mendes, 2013).

O ato de deliberação é composto pelos seguintes aspectos: i) que seja uma decisão tomada coletivamente; ii) que seja considerado um ato provisório, ou seja, podendo ser sucedido

¹⁰² Sabe-se que esta palavra não existe tecnicamente na língua portuguesa, por isso põe-se as aspas, mas utiliza-se como espécie de tradução livre da expressão utilizada por Conrado Hübner Mendes (2013) no livro referencial deste artigo, para significar algo próximo de “aqueles que deliberam”.

por outras etapas de deliberação e não apenas seu fim; iii) que seja um ato de decisão e fundamentação conjunta entre seus pares; iv) que seja um ato fundamentado por razões imparciais com base na lei e na Constituição; v) pressupõe-se que os julgadores podem mudar de opinião, segundo o cotejo de argumentos e debate com seus pares; vi) pressupõe-se o elemento da ética e respeito entre os julgadores, além de abranger o comprometimento de inclusão, empatia e do caráter responsivo do ato (Mendes, 2013).

Quanto ao aspecto “i” (decisão tomada coletivamente) – no acórdão da ADO nº 26 –, percebe-se que a noção de coletividade se estabelece por meio da apresentação dos votos individuais dos ministros e posterior reunião destes para se definir uma eventual unanimidade ou maioria em relação à sua deliberação. Dessa forma, o que se tem é a consideração individual do posicionamento de cada ministro para a conseguinte construção total e geral do julgamento e do próprio ato de deliberação (acórdão). É claro que existem discussões e debates sobre o objeto das demandas em sessões de julgamento que são designadas. No entanto, não se percebe uma interação direta entre os votos dos julgadores, tampouco uma construção conjunta dos entendimentos e fundamentos utilizados.

Felipe Recondo e Luiz Weber (2019), inclusive, lembram que, na década de 2000, o então ministro Sepúlveda Pertence utilizou uma metáfora para declarar que compreendia o STF como um arquipélago de onze ilhas, as quais eram incomunicáveis, vez que os ministros não mantinham relações *inter* ou *extra* tribunal, inexistindo uma análise sistematizada ou articulada sobre as demandas que lhes eram submetidas. Essa declaração endossa muito a ideia de que a coletividade que deveria permear a formação das deliberações dos Ministros do STF, muitas vezes, não é praticada, ao se avaliar a maneira que os acórdãos são produzidos, isto é, a partir de reunião de votos individuais. Nesse sentido, a chamada “colegialidade” é, assim, relativizada, mormente depois das modificações operadas ao processo civil brasileiro que passaram a permitir a prolação de decisões monocráticas de mérito de ministros, em diversos casos¹⁰³.

Quanto ao aspecto “ii” (que a deliberação seja um ato provisório sucedido por diversas fases), – no acórdão da ADO nº 26 –, igualmente, não se extrai a concretização dessa acepção, na medida em que, como dito, as deliberações são resultantes da contagem dos votos individuais do ministro, algo que impede uma discussão ampla sobre seus votos e fundamentos para culminar

¹⁰³ Um exemplo disso está no art. 932, IV, do CPC/2015, em que se possibilita ao relator de determinado recurso negar-lhe provimento em várias situações – algo que já existia no CPC/1973 (art. 557).

em eventuais mudanças ou adaptações em seus argumentos. Considerando que os votos são agrupados para extrair-se a conclusão, dificulta-se o entendimento de que a deliberação seria um ato provisório, mutável e aprimorável. Os votos manifestam-se definitivamente.

Sabe-se que os votos dos ministros, inicialmente, são apresentados em sessão de julgamento e, em seguida, levados à composição do acórdão e, durante os debates, permitem-se suspensões de julgamento e pedidos de vistas, por exemplo. Contudo, a prática do STF demonstra uma certa linearidade quanto ao trâmite dos julgamentos e deliberações, que não costumam inserir interação analítico-textual entre os votos dos ministros.

Destaca-se que sete ministros na ADO nº. 26 acompanharam o Relator, contudo, os fundamentos apresentados foram diversificados, não havendo uma congruência exatamente clara entre algumas razões de decidir (ministros Luiz Edson Fachin, Tabela II, código “D1”; Alexandre de Moraes, Tabela II, código “E1”; Luís Roberto Barroso, Tabela II, código “F1”; Rosa Weber, Tabela V, código “H1”; Luiz Fux, Tabela VI, código “I1”; Cármen Lúcia, Tabela VII, código “J1” e Gilmar Mendes, Tabela IX, código “L1” – todos do Anexo II). Essa situação reitera, outrossim, a averiguação quanto à falha na execução da colegialidade.

Quanto ao aspecto “iii” (ato de decisão e fundamentação conjunta entre os pares) – no acórdão da ADO nº 26 –, mais uma vez, há uma certa dificuldade na identificação quanto à concretização desse item, de modo que, do próprio Anexo II do Banco de Informações desta tese, é possível depreender, a partir da comparação entre os argumentos e fundamentos utilizados (condensados em expressões-chave), que não necessariamente há uma convergência integral e conjunta na deliberação.

De fato, a questão da discriminação de pessoas LGBTI, a interpretação conforme à Constituição, o direito à liberdade e o regime democrático são uma constante em alguns votos, mas não em todos quando, por outro lado, esses seriam os temas centrais da demanda, conforme o pedido inicial dos autores da ação. Além disso, o direcionamento dos votos dos Ministros que acompanharam o Relator também não se exhibe uníssono em termos de fundamentação.

Quanto ao aspecto “iv” (fundamentação por razões imparciais, com base na Lei e na Constituição) – no acórdão da ADO nº 26 –, este é constatado com facilidade, ao passo que os ministros baseiam seus entendimentos diretamente na Lei e na Constituição Federal, conforme o critério do “fundamento normativo” disposto em todas as Tabelas do Anexo II, do Banco de Informações desta tese. Quanto ao aspecto da imparcialidade isoladamente, isto é, quanto à

possibilidade de os ministros serem influenciados por questões pessoais e externas ao processo; pela limitação cognitiva que uma fundamentação judicial permite, não é possível fazer esta análise nesta pesquisa. Contudo, ao se considerar a utilização ampla dos fundamentos normativo-constitucionais, tem-se também por cumprido esse aspecto, sendo um julgado legítimo do ponto de vista formal e material.

Quanto ao aspecto “v” (possibilidade de os julgadores mudarem de opinião) – no acórdão da ADO nº. 26 –, essa situação é inerente ao desenvolvimento dos votos dos ministros, sendo uma eventualidade constante. Todavia, esse ponto não é constatado claramente no teor da deliberação em tela. Se houve uma modificação na perspectiva dos julgadores em relação ao resultado e fundamentos utilizados para proferir seus votos, isso foi experimentado internamente, ou seja, não foi expresso no acórdão, sendo algo de caráter meramente mental, que não impacta materialmente em suas razões de decidir.

Por outro lado, constata-se um pequeno desacordo nos votos, vez que foram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam somente parcialmente procedente a ação, e o ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente (Anexo II, Tabela XII, código “O1”).

Por fim, quanto ao aspecto “vi” (elemento ética entre julgadores, comprometimento de inclusão, empatia e responsividade do ato de deliberação) – no acórdão da ADO nº. 26 –, não se extraem componentes que demonstrem alguma espécie de ocorrência desrespeitosa ou antiética entre os julgadores. De outro lado, o comprometimento de inclusão e a empatia seriam elementos verificáveis intersubjetivamente, algo não realizável tão somente pela análise do acórdão. O caráter responsivo da deliberação é constatado, na medida em que apresenta resultado claro e direto ao que fora proposto pela demanda.

Na Tabela XII (códigos “O1” e “O2”), do Anexo II, do Banco de Informações desta tese, inclusive, destacam-se as partes sobre a “Conclusão dos votos na ata de julgamento” e “Observação”, em que se apresenta uma das teses firmadas a partir do acórdão da ADO nº. 26. Tais trechos corroboram definitivamente com o caráter responsivo da deliberação em apreço.

Das categorias que compõem o ato de deliberação teorizadas por Hübner, apenas duas foram detectadas no acórdão da ADO nº. 26, quais sejam: “iv” e “vi” (este parcialmente) – todos acima apurados. Diante disso, necessariamente, conclui-se que o STF não exerce seu papel deliberativo adequadamente? A princípio, a resposta deve ser negativa, considerando que restou

evidenciado que alguns dos aspectos apresentados por Hübner têm essência bastante subjetiva e não averiguáveis facilmente por um estudo analítico de uma fundamentação decisória.

Contudo, reputa-se nesta pesquisa como principal elemento ora investigado o da colegialidade/coletividade, o qual, de fato, não teve sua ocorrência certificada no acórdão da ADO nº. 26. Isso ressalta certa fragilidade do STF em relação a esse aspecto, na medida em que a colegialidade seria o ponto de gravidade de uma deliberação, pela própria natureza desse tipo de decisão, que busca a abertura de debates e a construção uniforme de um posicionamento judicial. Essa situação, eventualmente, pode até acarretar certa repercussão na legitimidade do tribunal e em sua qualificação como guardião da Constituição, vez que não se ativa como tribunal efetivamente em suas deliberações, mas em órgãos ministeriais individualizados.

Os aspectos ora analisados empiricamente e apresentados por Hübner oferecem uma integração com o objetivo primordial de um tribunal constitucional: oferecer uma resposta completa e concernente com a Constituição Federal aos jurisdicionados e que esteja em sintonia com as bases democráticas de um Estado.

Além disso, volta-se a destacar o segundo item acima descrito, quanto ao caráter de provisoriedade da deliberação. Isso é relevante, uma vez que a deliberação tem três fases, quais sejam: a pré-decisão, a decisão e a pós-decisão, de modo que cada momento deve ser avaliado em sua performance deliberativa com peculiaridade (Mendes, 2013), justamente porque essas fases permitem que a deliberação possa ser discutida e rediscutida, reforçando seu aspecto de provisoriedade.

No entanto, sabe-se que estas fases são compreendidas dessa forma teoricamente e não há imperiosamente uma consciência dessa divisão em meio à atividade do tribunal constitucional; tampouco no STF, pois, como visto, inexistente o emprego dessas fases, tendo em vista o formato de deliberação adotado, ou seja, em realizar a mera reunião de votos individualizados para formar o todo que é condensado no acórdão. Todavia, esse modelo de entendimento permite que se realize uma sistematização de um estudo metrificado de todo o ato de deliberação.

Quanto às fases da deliberação, tem-se que, na fase pré-decisória, a performance deliberativa é verificada conforme sua função de permitir que atores externos possam provocar e levantar questionamentos à Corte constitucional; na fase de decisão, revela-se o momento de os julgadores cotejarem suas impressões e argumentos; por fim, na fase de pós-decisão, o tribunal expõe o resultado e, assim, prolata a decisão escrita e a publica para conhecimento geral.

Ressalva-se que, pelo caráter provisório do ato, essa fase supostamente final pode ser levada em consideração para outro tipo de questionamento e/ou provocação perante a Corte, manifestando-se, desse modo, como uma nova fase de pré-decisão, podendo haver um certo ciclo de renovação (Mendes, 2013).

Percebe-se que a segunda fase – de decisão –, em que os julgadores confrontariam e debateriam suas impressões e argumentos, a partir da avaliação do acórdão proferido na ADO nº. 26, é a mais defeituosa. Isso ocorre pela maneira com o que o STF opera na construção do próprio acórdão, na medida em que se limitam em poucos momentos (sessões de julgamentos) as possibilidades de os ministros interagirem sobre a demanda em apreciação. Os votos perfazem o acórdão sem que haja, efetivamente, uma influência direta e perceptível entre os entendimentos dos ministros.

De outra perspectiva, deve-se mencionar que a deliberação pode ser vista não apenas como um ato que busca estar em harmonia com a lei e a Constituição (conforme aspecto “iv” dos compenentes da deliberação avaliados a partir da teoria de Hübner), mas também com a política e com a própria moral, mormente diante das matérias híbridas que a Constituição Federal de 1988 trata e sua prolixidade em intentar regulamentar o maior número de situações possíveis, inclusive, questões que envolvem convicções ou valores sociais, apropriando-se e normatizando esse tipo de conteúdo. Reitera-se, pois, que a moral desempenha certo papel nos julgamentos jurídicos, sendo este conteúdo verificável na ADO nº. 26, conforme ainda será apresentado (Dworkin, 2010a).

No entanto, isso não quer dizer que o tribunal possa julgar com base em suas próprias crenças morais ou políticas, mas que pode deliberar sobre tais temas os quais, de fato, necessitam de certa unificação ou pacificação de entendimento ante à complexidade social. Além disso, o tribunal, em sua atividade interpretativa, deve produzir uma solução que contemple essa matéria, mas que se harmonize com os ditames constitucionais.

Conforme assentado nesta pesquisa, admite-se que o ordenamento jurídico é composto por diversas normas jurídicas, as quais podem ser compreendidas na qualidade de regras e princípios e que estes últimos, normalmente, contemplam maior carga valorativa, prevendo situações relacionados à moral social, algo que reincorpora e reaproxima o Direito e a moral, segundo uma visão classicamente denominada como pós-positivista (Dworkin, 2002). No julgamento da ADO nº. 26, isso não foi diferente, na medida em que o objeto de referida ação

demanda considerável valoração principiológica e, portanto, de conteúdo moral, sendo o ato deliberativo o instrumento judicial decisório mais apropriado para isso.

No mesmo raciocínio, o Direito termina por apropriar-se da moral como objeto de estudo e, conseqüentemente, a norma jurídica apropria-se da moral como objeto de regulamentação. Com efeito, algumas normas – antes tão somente de caráter moral – podem passar a ser revestidas de caráter jurídico (Bustamante, 2010), consoante sua instituição no ordenamento, havendo uma distinção entre o prisma moral e descritivo para fins de se possibilitar a proteção e oposição de prerrogativas por meio da Ciência Jurídica (Sunstein, Holmes, 2000)¹⁰⁴. O ato deliberativo igualmente pode abranger esse tipo de conteúdo, vez que as deliberações são mecanismos que também produzem normas jurídicas mediante a aplicação e interpretação dos dispositivos legais.

Por abranger questões tão amplas e de carga axiológica, notadamente em sede de ações objetivas, o tribunal constitucional (STF) deve promover uma deliberação que passa pelo crivo de seus onze ministros (“deliberadores”), bem como pelas três fases de deliberação mencionadas, especialmente quanto aos debates e confronto de argumentos para apresentar uma resposta aos “provocadores”. Entretanto, percebe-se que o papel e a performance deliberativa do STF, na ADO nº. 26, não são satisfatoriamente preenchidos, segundo os critérios e definições de Hübner, não sendo possível “mensurar” a decisão colegiada em referida ação de uma forma qualitativa, na medida em que o aspecto da colegialidade se revela inacabado e prejudicado pela ausência de uma edificação harmônica e conjunta, entre os ministros, no que se refere aos seus fundamentos, para a formação da deliberação.

Por sua vez, quanto às fases de deliberação, o STF também não as aplica de maneira integral, especialmente a fase de decisão, conforme visto; não sendo todas essas fases cumpridas de forma satisfatória para a composição de um ato deliberativo. Desse modo, seria possível questionar se as deliberações do STF podem assim ser denominadas, considerando sua característica primordial? Ou melhor, o acórdão proferido na ADO nº. 26 tem essência deliberativa? Objetivamente, o acórdão proferido na ADO nº. 26 representa a reunião de decisões tomadas inicialmente de forma isoladas pelos ministros que, posteriormente, foram contabilizadas e unificadas, sem ter havido verdadeira confluência e divergência de argumentos.

¹⁰⁴ Adverte-se que a relação entre Direito e moral não, necessariamente, torna o Direito mais fluído ou tampouco o politiza, uma vez que essa vinculação é inevitável, mas não culmina em afastamento de sua normatividade (Mendes, 2013).

Apesar disso, deve-se admitir que não há uma sistematização ou padronização quanto ao modo de fundamentar e decidir dos tribunais brasileiros, tampouco do STF¹⁰⁵, mormente porque essa atividade se configura como prática argumentativa com enorme carga subjetiva, embora vinculada à lei e à Constituição Federal. Nesse sentido, essa situação não retira a legitimidade do acórdão proferido na ADO nº. 26, tampouco sua adequação com a competência do STF, mas tão somente não preenche os requisitos expostos por Hübner, nada obstante sua importância. Por outro lado, admite-se que isso ainda pode ser aprimorado pela Corte constitucional brasileira.

3.3 A colegialidade e sua (ir)real aplicabilidade pela Corte constitucional brasileira

No tópico antecedente, verificou-se que, dos diversos aspectos que compõem o ato de deliberação judicial, a natureza colegiada desponta como essencial, tendo em vista a própria estrutura e a formação da Corte constitucional. Por isso, passa-se a aprofundar a análise da colegialidade neste momento, considerando que a prática argumentativa, na qual o conteúdo moral da norma é interpretado, é desenvolvida de maneira distinta em um tribunal.

Entretanto, antes de adentrar ao estudo da colegialidade em si, importa ainda entender sobre quatro repercussões da deliberação, que tanto podem assumir um caráter positivo como negativo, tendo conexão direta sobre o que se denomina como colegialidade, razão pela qual abordar-se-á tal aspecto neste tópico.

A deliberação pode apresentar quatro utilidades principais, quais sejam epistêmica, comunitária, psicológica e educativa (Mendes, 2013). A primeira se manifesta quando do esclarecimento sobre os argumentos e valores em discussão; a segunda diz respeito ao estímulo ao consenso e diminuição do dissenso, reforçando a legitimidade social; a terceira se refere à conscientização de um respeito mútuo entre os julgadores; a quarta tem o potencial de realizar uma espécie de elucidação aos interessados sobre o tema em debate.

Entretanto, essas quatro “vantagens” podem ser avaliadas de uma forma contrária e negativa, de modo que, quanto ao aspecto epistêmico, reflete-se que não haveria uma certeza de que a deliberação realmente possa esclarecer algo, mas, talvez, tornar mais confuso, vez que há certa tendência a se utilizar de discursos retóricos; quanto ao aspecto de comunidade, pode-se

¹⁰⁵ Afirma-se, inclusive, que uma teoria da decisão judicial não faz parte de uma teoria do Direito (Dworkin, 2010b), ou seja, que não seria possível, dentro da normatividade jurídica, estabelecer um modelo específico de decisão, considerando a confluência do Direito com questões morais e políticas, algo que confere certa instabilidade para alcance de um padrão seguro para decidir.

entender que o consenso é mais improvável numa sociedade tão diversa e multifacetária, como é o caso da brasileira; quanto ao efeito psicológico, este pode ser contemplado, na verdade, nos moldes de um desrespeito entre os julgadores, vez que não é possível controlar ou prever as reações dos envolvidos; por fim, a educação sobre o assunto tratado não necessariamente será alcançada, considerando as possibilidades de manipulação e manobras sobre o resultado a ser atingido (Mendes, 2013).

Na obra em referência, o autor (Mendes, 2013) não apresenta uma resposta objetiva sobre seu posicionamento quanto a esses dois perfis de consequências que podem atingir à deliberação judicial. Contudo, teoricamente, é possível aferir que essas duas avaliações em paralelo alertam para que os julgadores e interessados estejam cientes das possibilidades favoráveis e desfavoráveis que uma deliberação pode exibir e, assim, buscar um exercício mais apurado e atento quanto à forma de construção desse ato, especialmente os julgadores, os quais se tornam conscientes desses alcances e consequências que fazem parte dessa operação.

Essas espécies de “vantagens” e “desvantagens” de uma deliberação podem estabelecer, de certa forma, uma orientação para a aplicação e interpretação da norma jurídica e de seus eventuais argumentos morais, para que se possam obter as resultantes benéficas de uma deliberação, afastando-se das negativas o máximo possível. Na ADO nº. 26, essas quatro utilidades de uma deliberação (epistêmica, comunitária, psicológica e educativa) podem ser vislumbradas segundo uma ótica positiva, em maior parte; porque concedem proveito à discussão em baila não apenas em termos jurídicos, mas também sociais e morais, no que se refere à criminalização da homofobia e da transfobia.

Especificamente, quanto à utilidade epistêmica, percebe-se do acórdão da ADO nº. 26 e dos votos dos respectivos ministros, que houve um detalhamento e aprofundamento sobre todos os temas correlatos à controvérsia formal e material quanto ao enquadramento das condutas de homofobia e de transfobia na categoria de delito, principalmente em face da considerável carga de referenciais teóricos apresentada pelos ministros. Na fundamentação de cada voto, verifica-se que os ministros basearam seus entendimentos em diversos autores (não apenas do Direito), bem como em pesquisas empíricas quanto à violência contra pessoas LGBTI. No Anexo II, do Banco de Informações desta tese, nas Tabelas respectivas ao voto de cada ministro, tem-se, inclusive, a relação dos autores citados por cada um deles.

Além disso, o aspecto axiológico condensado na matéria do acórdão da ADO nº. 26 perfaz uma significativa fonte de conhecimento jurídico, mormente quanto à discussão dos princípios normativos da liberdade e da igualdade no âmbito da Ciência Jurídica, mas também da Filosofia. Como exemplo, os ministros Celso de Mello e Luiz Fux citam Immanuel Kant para embasar a construção de seus votos quanto à cognição valorativa do assunto (Anexo II, Tabela I, código “C4” e Tabela VI, código “I4”, respectivamente). Desse modo, a deliberação judicial em questão cumpre positivamente sua função epistêmica, apresentando-se de maneira clara e direta, não havendo uma exposição confusa. No julgado em análise, tem-se uma considerável qualidade argumentativa jurídico-moral.

Quanto à utilidade comunitária, a deliberação da ADO nº. 26, de fato, não apenas estimula como também impõe certo consenso quanto à criminalização das condutas de homofobia e de transfobia, visto que não deixa de se tratar de um comando judicial, revestindo-se da construção de uma norma após o exercício do contraditório e respeito ao devido processo legal. No entanto, justamente em razão da natureza controvertida do tema que se faz referência desde o começo desta tese, é possível pressupor que esse consenso tem feição aparente, na medida em que a implementação dessa deliberação tem a potencialidade de gerar mais dissenso no meio político, social e jurídico. Assim, a legitimidade social que se busca atribuir a este julgamento somente será aferida com a sucessão dos anos, podendo-se observar uma perspectiva negativa nesse ponto igualmente.

Quanto à utilidade psicológica, esta não é objetivamente aferida do acórdão da ADO nº. 26, vez que a conscientização de respeito entre os julgadores é ocorrência bastante subjetiva e abstrata dos votos. Por fim, quanto à utilidade educativa, este se revela presente, porque os votos dos ministros são esclarecedores quanto aos pedidos e insurgências dos interessados diretos e indiretos da demanda, tendo em vista ainda é presente de diversos “amigos da Corte” (Banco de Informações, Tabela I – Das partes).

Essas perspectivas ora detalhadas em um julgamento específico repercutem diretamente na compreensão da colegialidade, na medida em que esta exige que os julgadores interajam por meio de seus argumentos, devidamente fundamentados, para aproximar-se de um denominador comum (a deliberação), que estabeleça um consenso (caráter comunitário), ainda que haja divergência de posicionamentos nessa construção. No entanto, essa situação deve ocorrer com base no respeito mútuo (caráter psicológico), na tentativa de apresentar esclarecimentos

contendentes sobre os valores em debate (caráter epistêmico), além de “educar” os interessados sobre a temática em questão (caráter educativo).

Consequentemente, com o exercício desses aspectos, é possível que o tratamento do conteúdo moral se torne mais resolutivo e efetivo, uma vez que se obtém elucidação da extensão sobre os valores discutidos em questão (caráter epistêmico), por meio de técnica jurídica e interpretação normativa adequada (caráter educativo), a partir da condução ética e respeitosa entre os ministros (caráter psicológico), com pretensão de definição e pacificação social sobre o assunto (caráter comunitário).

Ainda que a ADO nº. 26 se refira à uma ação objetiva, cujo objetivo é a definição abstrata sobre uma omissão inconstitucional acerca de determinada regulação, não se pode negar também a existência de um litígio em seu bojo, embora esse debate seja sobre a norma em generalidade. Por isso, a busca pela contenção de expectativas e pelo convívio harmônico da sociedade, ao final, revela-se uma de suas finalidades, mormente em razão de se intentar integrar uma inércia do Parlamento sobre um conteúdo conectado à moralidade social.

Ressalva-se, mais uma vez, o que se comentou sobre as eventuais distorções dessas quatro manifestações da deliberação, sem se olvidar também de que se tratam de potencialidades/expectativas que podem ser concretizadas no ato judicial, isto é, não necessariamente irão acontecer dessa forma, mas que podem se tornar objetivos a serem alcançados.

A colegialidade, então, pode ser tomada como uma virtude diretamente ligada à atividade de um tribunal, mormente aquele de caráter constitucional, revelando-se como um comprometimento com a colaboração de se construir uma decisão que ultrapasse os limites de um conflito individual para uma repercussão mais ampla (Mendes, 2013). Além disso, a colegialidade acarreta a “despersonificação” do tribunal¹⁰⁶, o qual assume a configuração independente de seus membros, evitando até mesmo a centralização do poder em um ou poucos ministros, devendo-se considerar que a existência de vários membros permite uma discussão mais profunda e aprimorada sobre assuntos bastante complexos, na medida em que a possibilidade de falha é, em tese, reduzida pelo exame realizado por mais pessoas (Mendes, 2013).

¹⁰⁶ *Vide* o que foi mencionado sobre a metáfora do arquipélago das onze ilhas de Sepúlveda Pertence, no item 3.2 deste Capítulo.

Essa compreensão robustece as razões para que a formatação de colegialidade prevaleça para a deliberação, principalmente em Cortes constitucionais, em que há uma intersecção maior e mais aceitável entre o conteúdo político e jurídico, algo que exige uma análise diferenciada como ocorre em um órgão colegiado. No caso da ADO n.º 26, identificou-se também forte conteúdo valorativo, especialmente ligados aos preceitos máximos do Estado Democrático de Direito (liberdade e igualdade).

O termo “colegialidade”, num contexto relativamente recente, recebeu uma atenção maior no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 152.752 pelo STF, mediante a exposição inserida no voto da ministra Rosa Weber, a qual utilizou o que denominou de “princípio da colegialidade” como um dos pontos de fundamentação para denegar a ordem de liberdade em prol do atual Presidente Luiz Inácio Lula da Silva que, à época, após sua condenação em primeira e segunda instância na pena de reclusão em regime inicialmente fechado, insurgiu-se contra decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça – STJ – que indeferiu seu pleito liminar em *Habeas Corpus* preventivo em face do iminente comando de execução provisória da pena após o esaurimento da jurisdição ordinária.

O STJ, em suma, motivou sua decisão com base na própria jurisprudência do STF, que se posicionava pela possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, ao entender não haver violação ao princípio da presunção de inocência. Admitiu-se, pois, o início do cumprimento da pena com base no esgotamento das instâncias ordinárias, mesmo antes do trânsito em julgado da condenação.

O voto da ministra causou bastante controvérsia, vez que, ao se utilizar do “princípio da colegialidade”, afirmou categoricamente que aquele comando denegatório ia de encontro ao seu próprio entendimento pessoal, todavia não poderia desrespeitar posicionamento anterior da Corte, justamente ao invocar o respeito à colegialidade e o papel institucional do STF, algo que se sobrepujava ao raciocínio de um único ministro em detrimento de uma construção teórico-coletiva sobre determinado assunto.

Deste voto, apresentam-se, a seguir, os principais aspectos abordados no que concerne à colegialidade, especialmente quanto ao seu conceito e relevância institucional:

i. Em primeiro lugar, a ministra se refere à importância da matéria discutida naquele processo para a sociedade em geral, tendo em vista sua repercussão direta no princípio da

presunção de inocência, ao se admitir a prisão após esgotamento das instâncias ordinárias, independentemente do trânsito em julgado;

ii. Reitera-se que a ministra ressalva, em alguns momentos, seu próprio entendimento pessoal sobre o assunto em apreço, esclarecendo, porém, que um tribunal deve se manifestar em congruência de argumentos, mormente em temas dessa natureza, devendo prevalecer o entendimento pacificado da Corte, quando houver;

iii. Aborda o significado do “princípio da colegialidade”, ao compreendê-lo como inerente à construção de uma decisão realizada no ambiente das Cortes constitucionais, expressando-se como um método de decisão em órgãos coletivos, exigindo-se que os membros do tribunal dialoguem e estructurem um resultado conjunto, não se restringido à inteligência de apenas um julgador;

iv. Destaca a deliberação como espaço apropriado para a contraposição de argumentos, segundo a liberdade, a igualdade e o respeito que deve existir entre os julgadores, mesmo diante das divergências;

v. Avalia que não se trata de uma mera soma de votos ou decisões, mas sim de uma conjugação e cotejo de entendimentos que oferecerão uma resposta à sociedade, segundo a “voz institucional” da Corte, algo que ressalta o aspecto de “despersonalização”, já anteriormente tratado. A ministra cita, ainda, o próprio autor Conrado Hübner Mendes diretamente para expor tais fundamentos, reforçando-se a importância da compreensão da teorização de referido autor quanto ao presente tema.

Percebe-se que a ministra Rosa Weber nomeia a colegialidade como um princípio normativo, numa espécie de inovação interpretativa na criação de uma nova figura ou categoria com essa definição, mas, em seguida, discorre sobre sua qualidade de método das deliberações das Cortes supremas, ao passo que o Hübner Mendes (2013) trata como uma espécie de virtude, como visto e abonado neste trabalho. Independentemente da categorização da colegialidade, tem-se que esta deve ser uma realidade no âmbito dos tribunais constitucionais, mormente para o STF, o qual exerce a atividade jurisdicional com amplo alcance.

Elucida-se que a definição de colegialidade não se restringe à existência de várias decisões semelhantes de uma Corte sobre determinado assunto, a fim de formar uma jurisprudência que deva ser respeitada. Na verdade, percebe-se que a colegialidade se refere, primordialmente, ao espírito de cooperação e compromisso entre os membros de uma Corte

constitucional em expor e debater argumentos, segundo a urbanidade e a ética, para elaborar uma decisão de repercussão geral, para além da esfera privada.

Dessa forma, é preciso compreender que sua análise devida (da colegialidade) perpassa pelo estudo e compreensão da dinâmica do ato de julgamento da Corte, pela interação entre os ministros e observância das fases pré-decisória, decisória e pós-decisória, ou seja, somente é possível alcançar alguma conclusão após a verificação de um ou vários casos concretos (demandas), segundo um estudo empírico, justamente no ambiente em que se exerce o papel deliberativo do tribunal constitucional.

Essa divagação sobre o *Habeas Corpus* nº. 152.752 (STF) fez-se necessária porque, embora a ADO nº. 26 seja uma ação objetiva, a aplicação da virtude da colegialidade igualmente se tornou indispensável em seu bojo, na medida em que o STF, como guardião da Constituição Federal brasileira, é o responsável por identificar – na qualidade de tribunal e não pela individualidade de cada ministro –, os preceitos a serem empregados e interpretados devidamente nesse julgado, devendo seu posicionamento refletir a inteligência de uma Corte constitucional e não de um determinado ministro (a própria ministra Rosa Weber, em seu voto, discorre sobre a importância da colegialidade na ADO nº. 26 – Banco de Informações, Anexo II, Tabela V, Código, “H1”).

Em especial, em uma demanda cuja carga “principiológico-moral” é bastante densa, tem-se que o item da colegialidade se interliga à própria aptidão de o julgamento ter a atribuição de legitimidade social, ou seja, o reconhecimento da conclusão da deliberação pelos jurisdicionados pode ter mais força a depender do grau de subjetividade ou de objetividade apurado na deliberação. Quanto mais homogêneo e harmônico em seus fundamentos o acórdão é, mais pujante se torna o ato de deliberação de um tribunal constitucional, porque revestido de colegialidade, integração e coerência em seus argumentos. Diretamente, a colegialidade serve como um “pano de fundo” técnico-jurídico para abarcar os conteúdos morais discutidos em ações de natureza semelhante à da ADO nº. 26.

Neste trabalho, suspeitava-se que o STF não age consistentemente no sentido de observar os ditames da colegialidade, na medida em que se analisa que seus ministros decidem individualmente e, em seguida, realizam a mera exposição, comparação e somatória de seus votos, sem, em concreto, desempenharem a contraposição de argumentos e se sujeitarem à influência dos fundamentos de seus respectivos colegas. Isso, com base no que se apurou na

doutrina sobre a indicação de uma atuação meio ambígua quanto à utilização de fatores ocasionais e incertos, por vezes, na tomada de decisões (Belchior, 2008), bem como do próprio estudo do acórdão da ADO nº. 26.

Com o desenvolvimento desta pesquisa, mormente do presente item e do anterior, essa suspeita/sensação foi confirmada parcialmente, consoante a análise do acórdão em referência. No entanto, como já mencionado, o aspecto da colegialidade não é o único ponto de legitimação do julgado, tendo em vista o procedimento regular e constitucional seguido pelo STF, embora haja ainda certa controvérsia sobre o resultado proferido na ADO nº. 26. Contudo, eventuais insurgências são motivadas mais pela natureza do tema o qual é tratado do que pela forma de deliberação adotada pelo tribunal, considerando que o conteúdo moral envolto ao caso culmina em repercussões na seara política e na sociedade, conforme exposto no capítulo segundo desta tese¹⁰⁷.

Reforça-se, porém, que essa questão quanto ao respeito e à aplicabilidade da colegialidade deve ser aprimorada pelo STF, sob pena de outras deliberações de caráter semelhante ao que se avalia serem fragilizadas pelo baixo teor dialógico entre os votos. No acórdão da ADO nº. 26, não se percebe, de forma clara, uma comunicação direta entre os votos, mas, na verdade, uma mera compatibilidade e concomitância de argumentos e fundamentos utilizados pelos ministros, especialmente porque os julgadores, majoritariamente, acompanharam o voto do ministro relator¹⁰⁸. Assim, temas como igualdade, liberdade, Direitos Humanos, interpretação conforme à Constituição Federal, dignidade da pessoa humana, proteção de minorias e do Estado Democrático de direito são coincidentes nos votos, conforme ainda será explorado.

3.4 A factibilidade do reconhecimento de um *design* institucional contundente para o STF no julgamento da ADO nº. 26

Neste ponto, dedicar-se-á ao estudo da própria configuração e do formato da Corte constitucional brasileira, algo que tem o condão de repercutir diretamente em seu desempenho

¹⁰⁷ Inclusive, a ação já conta com embargos de declaração opostos pela “Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida” (*amicus curiae*), e pelo Advogado-Geral da União, em 16 de fevereiro de 2022 – Banco de Informações, Anexo I, Tabela II, Código “B25” e “B26”.

¹⁰⁸ Somente os ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli não acompanharam o ministro relator, Celso de Mello (Banco de Informações, Anexo II, Tabela VIII, Código “K1”, Tabela X, Código “M1” e Tabela XI, Código “N1”).

deliberativo, tendo como base empírica, por óbvio, o próprio julgamento da ADO nº. 26. Após essas ponderações, far-se-á uma análise específica e detalhada do conteúdo moral e da interpretação principiológica-normativa traçada em referida demanda e, assim, levar-se-á em consideração todos os aspectos até então abordados acerca da forma de deliberação dos ministros, da configuração e do *design* da Corte, nos moldes deste item.

Essa avaliação do *design* institucional do STF se torna relevante para que se possa ter uma ampla e concreta visão de como os ministros expressam-se e posicionam-se numa deliberação com abundante discussão valorativa e moral, além de se estabelecer um panorama geral da maneira de interação entre os votos para a elaboração do acórdão. Com isso, é possível visualizar também o desempenho da Corte na fundamentação deliberativa para, então, verifica-se seu conteúdo. No mais, impede-se definir o que seria esse *design* institucional.

Antes, porém, deve-se ressaltar que, num cenário que contempla uma sociedade tão difusa e plural, a deliberação, por si só, não é garantia de apaziguamento dos interesses existentes, vez que o ato de deliberação de um tribunal constitucional não tem necessariamente a capacidade de solucionar os anseios e urgências coletivas, exatamente em virtude de sua dispersão, bem como pelas repercussões negativas de seus efeitos, conforme tratado no item antecedente (Mendes, 2013).

Além disso, a resolução abonada pela Corte constitucional pode apresentar total contrariedade à parte do desejo social, trazendo consequências negativas à própria imagem do tribunal, algo que reforça e identifica a ausência de participação popular nas decisões (deliberações) políticas mais importantes, reverberando negativamente nos preceitos democráticos. Como exemplo, tem-se o próprio “efeito *backlash*”; consoante investigação realizada no item 2.6, do segundo capítulo desta tese; que, lembra-se, refere-se à reação adversa, não-desejada, à atuação judicial, sendo um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial, tendo como consequência a revisão legislativa da controvérsia e atuação do Parlamento com fins de “intimidar” o Tribunal.

Considerando que o “efeito *backlash*” ocorre quando o Poder Judiciário profere uma decisão que reflita uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais em momento em que a consciência social ainda não está muito bem consolidada ou maturada a respeito daquele assunto, a consequência é que tal decisão pode não ser tão bem recebida. Desse modo, a crítica, especialmente do Parlamento, pode acarretar uma mudança na opinião pública capaz de

repercutir nas escolhas eleitorais de boa parte da população. Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar mais espaço político. Assim, se vencem as eleições e assumem o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo e sejam justamente contrárias à deliberação judicial proferida pelo tribunal. Ou seja, tem-se uma reversão e retrocesso ao que fora conquistado¹⁰⁹.

Nesse sentido, viu-se que é possível que esse efeito possa atingir o julgamento da ADO nº. 26, na verdade, já se intentou algumas medidas, como é o caso de pedido de *impeachment* de ministros do STF, além de outras reações (já relatadas no item 2.6 do segundo capítulo desta pesquisa).

Além disso, uma vez que o poder político também influencia na composição do Poder Judiciário e, especificamente, do STF, abre-se um espaço para que a mudança de entendimento ocorra dentro do próprio tribunal, a partir da modificação na formatação de seus membros. No mais, o que se tem é que, ao fim desse processo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquele resultado (Marmelstein, 2017).

Retorna-se a esse tema (“efeito *backlash*”) porque, em razão de sua efetiva iminência, é preciso entender e estabelecer uma espécie de configuração ou *design* que melhor se adeque aos propósitos de um tribunal constitucional, de modo que isso repercuta em sua atividade jurisdicional, para que haja uma congruência qualitativa entre as deliberações judiciais com a realidade social, bem como uma proximidade com os factuais problemas enfrentados em tal contexto. Por isso, reputa-se essa chamada factibilidade de um *design* institucional que seja, de fato, contundente para o STF.

Outra finalidade é que se eliminem ou reduzam as ameaças e tentativas de intimidações aos ministros e ao próprio tribunal constitucional, pela manifestação de seus entendimentos técnico-jurídicos que são construídos com o desenvolvimento do devido processo legal e normas constitucionais. E, assim, a ocorrência desse efeito possa ser, pelo menos, reduzida, mediante uma melhor adequação do tribunal ao próprio ambiente que se insere.

¹⁰⁹ Exemplificou-se no item 2.5, uma tentativa recente de aprovação do projeto de Lei nº 5.167/2009 quanto à proibição de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O STF, por sua vez, possui um *design* institucional próprio que concede maior margem para situações como as do “efeito *backlash*” mencionado, especialmente quanto à própria constituição da Corte, algo que ainda será enfrentado neste tópico. Antes de verificar o *design* institucional do tribunal constitucional brasileiro, primeiramente, importa compreender que a definição de um *design* institucional perpassa por cinco critérios, quais sejam: de localização institucional, do número de julgadores, de perfil dos julgadores, do modo de nomeação e do mandato (Mendes, 2013).

Com mais vagar, o critério quanto à localização institucional diz respeito à especialidade ou não da Corte sobre a matéria constitucional; o número de julgadores estabelece se serão muitos ou poucos julgadores membros da Corte; o perfil dos julgadores considera a homogeneidade ou heterogeneidade dos julgadores em relação a diferentes aspectos (tais como idade, formação, experiência cultural, cor da pele, classe social, *etc.*); o modo de ingresso considera se os ministros são eleitos ou nomeados pelo Chefe do Executivo; por fim, o mandato refere-se se à permanência dos ministros no tribunal, se será vitalícia ou com prazo determinado (Mendes, 2013).

O STF, segundo tais critérios, define-se como tribunal com especialidade sobre a matéria constitucional; com poucos julgadores¹¹⁰ e com perfil homogêneo, considerando a predominância de juristas homens e brancos em detrimento da ocorrência da nomeação de mulheres e pessoas negras, algo que pode ser considerado como raro dentro da existência do tribunal (até o momento, desde sua criação em 1890, o STF contou com somente três ministras: Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Rosa Weber e, de outro lado, três ministros negros: Pedro Lessa, Hermenegildo de Barros e Joaquim Barbosa)¹¹¹. O STF, ainda, tem como modo de ingresso a realização da nomeação pelo Chefe do Executivo; com mandato com prazo vitalício, mas com aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos.

O atual *design* do STF – e especialmente aquele existente à época do julgamento da ADO nº. 26, apesar da mudança de ministro relator, por exemplo – pode apresentar alguns problemas, uma vez que, apesar de ser uma Corte com especialidade constitucional, por outro

¹¹⁰ Esclarece-se que, em sua obra, Hübner não especifica qual a quantidade necessária para se considerar que um tribunal tenha muitos ou poucos julgadores, de modo que, nesta pesquisa, reputa-se que o STF tenha poucos julgadores, quando comparado com a configuração dos demais tribunais pátrios, a exemplo do STJ, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

¹¹¹ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp>>. Acesso em 27 nov. 2019.

lado, a Constituição Federal brasileira é bastante prolixa, razão pela qual abarca inúmeras matérias que, por vezes, tocam apenas indiretamente à Lei Fundamental. Ademais, o sistema recursal interno permite que muitas demandas, de conteúdos diversos que apenas fazem alusão à Constituição Federal, elevem-se ao crivo da Corte constitucional, ocasionando uma espécie de excesso de processos e demora em sua apreciação.

A quantidade de julgadores não necessariamente é algo negativo, todavia, isso alinhado ao mandato de caráter vitalício, pode acarretar uma falta de alternância de percepções e inteligências, além da própria concentração de poder, por bastante tempo, concedida a um pequeno grupo de pessoas, especialmente quando um ministro é indicado ainda muito jovem. Um tribunal constitucional com perfil homogêneo também destoa da realidade brasileira, como visto, em virtude de estar-se diante de uma sociedade bastante plural, complexa e diversa, algo que não se visualiza espelhado na composição do STF.

A nomeação massiva de homens brancos ao tribunal, definitivamente, destoa da formação do povo brasileiro. É claro que é cediço que os critérios de nomeação dos ministros são técnicos e, numa coletividade bastante desigual, é comum que esses critérios sejam buscados e preenchidos por pessoas que componham culturalmente a chamada “elite” social, em razão do desequilíbrio de privilégios e oportunidades que corre em desfavor da população pobre, negra, LGBTI e das próprias mulheres, conforme o notório histórico de discriminação e marginalização em face dessas pessoas, que faz reverberar em sua ainda baixa incidência de acesso a cargos públicos e políticos, por exemplo.

Contudo, sabe-se também que a competência e a técnica tampouco estão ligadas ao fato de determinado ministro ser jurista, homem, branco e/ou heterossexual, tendo em vista que, a uma, os julgadores não precisam ter a formação em Direito obrigatoriamente, mas contar com saber notório na área, algo que permite que sejam indicados ministros de diversas áreas, os quais têm a prerrogativa de serem assessorados em questões mais técnico-jurídicas; a duas, definitivamente, a circunstância de se ser homem, branco e/ou heterossexual em nada define a aptidão para o cargo, denotando-se que a heterogeneidade convergiria melhor para a configuração do tribunal constitucional brasileiro.

Em contrapartida, quanto ao número de julgadores e a vitaliciedade do cargo, aponta-se como questão benéfica a possibilidade de melhor consolidação de posicionamentos, amadurecimento de teses e da própria jurisprudência da Corte, porém é uma situação que não se

tem garantia de acontecer, razão pela qual se entende que o tribunal poderia auferir um *design* mais assertivo a partir da fixação de um mandato por prazo determinado principalmente, ainda que permanecesse com poucos ministros.

O modo de ingresso dos ministros no STF é feito pela nomeação do Chefe do Executivo, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, §único, CF/88), por meio de uma sabatina, tendo obviamente esse desígnio um caráter eminentemente político, nada obstante os critérios estabelecidos pela Constituição Federal (cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada; dos quais, os dois últimos especificamente, são bastante vagos e indeterminados).

Verifica-se que esse tipo de ingresso corrompe parte da legitimidade dos julgadores, pois, apesar de o Chefe do Executivo ter sido eleito pelo povo, sua nomeação direta dos ministros não condensa precisamente o reconhecimento e aceite da sociedade, que, nesse tocante, em nada participa, algo que, como discutido no primeiro item deste capítulo, pode ser ponto de contestação quanto à legitimidade dos julgadores, em vista de não se averiguar sua representatividade diante da população.

No caso do julgamento da ADO nº. 26, essa configuração institucional do STF se mantém, ou seja, todas as avaliações e críticas referentes à formação da Corte ora realizadas são aplicáveis ao momento do tribunal em referida demanda, de modo que os resultados advindos da decisão proferida pelo STF ainda irão ser experimentados e observados de uma maneira mais abrangente, no entanto, é possível compreender, desde logo, que o então o *design* do tribunal se revela frágil em termos de concessão de legitimação e aproximação social. Não se defende aqui que o tribunal deva estar vinculado à aprovação do povo, no entanto, ainda que alicerçado na utilização estrita da técnica jurídica, sua ativação pode ser prejudicada pela falha em seu reconhecimento, mormente também porque o STF se debruça sobre temas e pautas originalmente legislativas, como é o caso da ADO nº. 26.

Nesse raciocínio, o atual *design* do Supremo Tribunal Federal, e especificamente aquele à época do julgamento da ADO nº. 26, tem o condão de afetar diretamente seu próprio papel deliberativo, a exemplo do que se discorreu quanto ao “efeito *backlash*”, tendo como uma de suas condicionantes a nomeação política dos ministros. Além disso, diante desse tipo de configuração,

a prevalência de questões políticas sobre as jurídicas se torna mais constante, considerando os aspectos ligados também ao tempo do mandato e a ausência de heterogeneidade¹¹².

Essa situação pode prejudicar a virtude da colegialidade, haja vista a ocorrência da centralização de poder, pessoalidade e personificação do tribunal que se contrapõe ao que se busca numa deliberação colegiada, culminando em pouco ganho em termos de aprimoramento e aprofundamento das discussões, considerando a existência de poucas visões de mundo que esse *design* proporciona, havendo ainda baixa abertura para o diálogo e para a própria inclusão.

Assim, o papel deliberativo do STF decai qualitativamente quanto a sua coletividade, mormente na contraposição e pluralidade de argumentos, podendo-se verificar o afastamento da própria Constituição Federal para a predominância de interesses políticos, com grandes embates pessoais entre os julgadores, em razão de seu longo tempo de permanência no tribunal e sua simbolização como a própria Corte e não como meros representantes ou membros dela.

Com isso, as deliberações podem apresentar inadequado caráter de responsividade, prejudicando a resposta congruente com a Constituição Federal e ao espírito democrático, que deveriam apresentar aos jurisdicionados. Em decorrência, do mesmo modo, este *design* do STF igualmente pode não coadunar devidamente com as fases de pré-decisão, decisão e pós-decisão, tendo em vista os efeitos contraproducentes à participação social, à confluência dos fundamentos e argumentos e à qualidade da resposta. Todavia, em atenção às críticas ora esboçadas e possibilidades de reajustes ao atual *design* institucional do STF, percebe-se que isso não seria algo permanente e que há essa factibilidade efetiva de modificação em sua configuração para um futuro próximo “*de lege ferenda*”.

Esclarece-se que, em sua obra, Conrado Hübner Mendes (2013) não define qual seria a melhor configuração de um tribunal constitucional, mas tão somente expõe as possibilidades já tratadas, debruçando-se sobre as vantagens e desvantagens correspondentes, apresentando-as como hipóteses gerais a serem adaptadas a cada realidade de determinada ordem jurídica, algo que provoca uma das críticas de Thomas Bustamante (2015), o qual entende que, apesar de o estudo de Hübner Mendes ter uma contribuição inestimável para a Jurisdição Constitucional, perde a oportunidade de ser mais persuasivo em relação aos critérios de fixação para um raciocínio constitucional das Cortes, fazendo muitas concessões ao invés de delimitações em sua

¹¹² Ainda que o resultado proporcionado pela ADO nº. 26 seja claramente benéfico à sociedade, considerando o estímulo a comportamentos de respeito à comunidade LGBTI, não se afasta a possibilidade de que continue havendo insurgências.

atuação, tornando seu modelo deliberativo pouco frágil para a justificação da legitimidade de revisão judicial.

Bustamante (2015) ainda se pronuncia sobre a crescente desconfiança sobre os tribunais constitucionais e dúvidas quanto a sua legitimidade para solucionar questões relacionadas aos direitos e princípios consagrados na Constituição Federal, ainda que a maioria das democracias ocidentais adotem a revisão judicial da legislação como tradição. Referido autor explana, por outro lado, três razões contrárias ao ceticismo quanto à revisão judicial dos atos do Parlamento, sendo a primeira ligada ao papel do tribunal constitucional como supervisor do processo legislativo, no sentido de averiguar o respeito a um procedimento legislativo descente; a segunda diz respeito ao fato de o tribunal se manifestar como local apropriado de interpretação e aplicação das normas constitucionais para a formação de uma “concepção política de justiça”; por fim, o papel do tribunal como espécie de interlocutor ou intermediador sobre os significados das disposições constitucionais, conciliando a atividade do legislador com as expectativas do público.

Percebe-se, portanto, que uma Corte constitucional tem, dentre suas finalidades, o refinamento do projeto político das democracias deliberativas (Mendes, 2013), atuando numa espécie de entroncamento entre Constituição e política, razão pela qual sua configuração deve levar em consideração as peculiaridades do próprio contexto no qual se encontra inserido.

Por essa razão, compreende-se que um *design* constitucional pertinente ao STF, pelos fundamentos e críticas já expostas, seria, *i*) quanto à localização institucional, a continuidade de sua especialidade constitucional, mas com a redução de assuntos que não dizem respeito diretamente à Constituição Federal; *ii*) quanto ao número de julgadores, a manutenção de um número pequeno de julgadores, porém com perfil mais heterogêneo; *iii*) com modo de ingresso que conte com maior participação popular e com mandato com prazo determinado, que permita uma maior alternância dos ministros. Dessa forma, as deliberações do STF, especialmente em temas ligados à moral e aos valores sociais, seriam revestidas de maior reconhecimento e satisfação pelos jurisdicionados.

3.5 A interpretação principiológica-normativa na fundamentação decisória do STF na ADO nº. 26: os conteúdos morais em geral

Finalmente, a partir deste item e continuidade nos demais, será iniciada a derradeira investigação e aprofundamento desta tese, com enfoque destinado diretamente ao progresso dos

argumentos morais utilizados pelo STF no acórdão da ADO nº. 26, com aptidão para extrair e demonstrar outros resultados inéditos e originais, além dos que já foram apresentados.

De logo, estabelece-se como uma das premissas a serem testadas a seguinte: de que a liberdade e a igualdade são princípios normativos que servem como parâmetro para a construção de uma moral constitucional, num Estado Democrático de Direito, vez que tais princípios revelam o próprio conteúdo que abrange axiologicamente a sociedade numa linguagem normativa-constitucional, que rege o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o binômio liberdade-igualdade seria o valor (moral) de agir da Constituição Federal em seus diversos aspectos, especialmente em termos materiais, mas também formais. Ou seja, tanto no que se refere ao âmbito pragmático e concreto, mas também relacionado às questões procedimentais.

Isso, converge diretamente com hipóteses iniciais esboçadas nesta pesquisa que, resumidamente, são elas: de que a CF/88 não é apenas jurídica e política, mas também moral; que existe uma moral jurídica; a moral não tem determinação abstrata, sendo na prática (em casos concretos) que ela é determinável-objetivada; no Direito, essa determinação é feita na prática argumentativa, isto é, na decisão/deliberação/fundamentação; o STF, como intérprete final da Constituição, realiza julgamentos com conteúdo moral que são expressados na fundamentação de suas deliberações; e, apesar de a ADO nº. 26 ser um pano de fundo da pesquisa e dessa averiguação, será demonstrado que esse entendimento particular (sobre a liberdade e a igualdade) pode ser aplicado e replicado em outros casos com abordagem de conteúdos moral, conforme o método hipotético-dedutivo e, assim, ser possível estipular sua extensão e abrangência de maneira específica.

Registra-se que, nos capítulos primeiro e segundo, estabeleceu-se justamente que a Ciência Jurídica tem as ferramentas normativas para a determinação da moral, mormente em âmbito de discussão/deliberação judicial, consoante a interpretação dos princípios extraíveis da Constituição Federal. Além disso, que a ADO nº 26 foi resultado de uma insistente e injustificada omissão parlamentar, impulsionada também em razão da natureza dos temas em debate, isto é, da igualdade material (sexual e de gênero) e da liberdade material (de ser e fazer o que o indivíduo convém em sua vida amorosa privada e em sua forma de se entender como pessoa). Como visto, essa intersecção moral e jurídica na ADO nº. 26 demonstra as hipóteses iniciais do trabalho em seguimento, de acordo com os itens desses capítulos.

Em acréscimo, será verificado que esses princípios normativos – da liberdade e da igualdade – são justamente o alicerce para se definir uma moral constitucional, dentro de um Estado Democrático de Direito, que pode ser reproduzida em outras situações, consoante o exame empírico feito sobre o acórdão da ADO nº. 26. Isso, a partir da análise hipotético-dedutiva de referida demanda, podendo, então, esses dois princípios serem considerados como a base democrática e constitucional do Estado brasileiro (sob a ótica do “dever-ser”, no sentido de se estimular e preconizar condutas). Nesse sentido, tal entendimento conseguirá ser replicado não apenas em outros julgamentos, mas também outras situações, ainda que fora da seara judicial (a exemplo da administrativa e da legislativa).

Até o momento, neste capítulo, traçou-se um panorama geral acerca da ADO nº. 26 e de seu acórdão, baseando-se também nos Anexos do Banco de Informações da ação elaborados para esta pesquisa; no sentido de entender a própria dinâmica e a atividade do STF nesse julgado, bem como sua condição, estrutura e *design* como Corte constitucional.

Pela continuidade da pesquisa bibliográfica proposta nesta tese, em conjunto com a avaliação empírica do conteúdo moral trabalhado na ADO nº. 26, com a utilização do Método de Análise de Decisões – MAD – os pontos e raciocínios já delineados e demonstrados acima restarão ainda mais claros e evidenciados. Conforme já estabelecido ao início deste trabalho, lembra-se que se definiu que: os argumentos e conteúdos morais podem ser encontrados nos princípios-normas, sendo a deliberação e, mais precisamente, a fundamentação respectiva o verdadeiro “palco” de desenvolvimento da aplicação desse conteúdo moral-normativo (itens nº. “1.3”, “1.3.1” e “1.3.2”, do primeiro capítulo desta tese).

Pela análise da ADO nº. 26 essa situação é reforçada, mediante igualmente a sistematização e a exposição do Banco de Informações desta tese, em que se observa a evolução pragmática dos conteúdos morais de cada princípio-normativo citado pelos ministros, especialmente das normas da liberdade e da igualdade.

O próprio então ministro relator Celso de Melo estabelece que existem “padrões éticos e morais da Constituição Federal” que devem ser seguidos (Banco de informações, Anexo II, Tabela I, Código “C1”). Deste trecho, denota-se a consciência e entendimento do ministro de que a CF/88 contempla assuntos conectados com a realidade moral e valorativa da sociedade, que têm o condão de definir o curso e objetivos éticos de determinada cultura. Contudo, isso não é exatamente uma novidade, na medida em que a Carta Magna brasileira, de fato, revela-se como

norma constitucional garantidora de diversas prerrogativas fundamentais relacionadas à dignidade da pessoa humana e, portanto, articula-se diretamente com o âmbito da moral social e individual. Precisamente, segundo as palavras do ministro:

“[...] a pretensão de subdividir a humanidade em grupos distintos (‘raças’), além de ressentir-se de qualquer legitimidade científica ou jurídica, revela-se inconciliável com os padrões éticos e morais definidos na ordem internacional e na Constituição da República” (Brasil, 2019, pg. 109 do acórdão).

Ou seja, se essa pretensão de discriminação e de divisão não é compatível com a CF/88, por decorrência, a igualdade, pelo menos, faz parte desses padrões éticos e morais, já que esta preconiza o tratamento não distintivo dos indivíduos. A liberdade também estaria abrangida por esse entendimento, visto que não se pode ser efetivamente igual sem que sejam garantidos os mesmos níveis de prática de liberdade, isto é, a igualdade depende diretamente da liberdade e *vice-versa*. As pessoas somente são verdadeiramente livres se puderem exercer e ser reconhecidas como iguais para o exercício de seus direitos (que inclui a própria liberdade) (Carvalho, 2002).

Ressalte-se que o ministro também utiliza como fundamento normativo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a qual tem significativo teor e revestimento naturalista, de modo que é inevitável reforçar que, com o reposicionamento da moral dentro da Ciência Jurídica a partir do chamado Pós-Positivismo, os preceitos do Direito Natural foram determinantes para essa reaproximação entre Direito e Moral (Dworkin, 2001). Inclusive, no art. 29¹¹³ de referido documento internacional, resta elucidada sua afinidade com as premissas naturalistas e axiológicas, para além das próprias disposições de seu preâmbulo.

Assim, consoante essa primeira avaliação geral, o que se exhibe neste momento e que não fica muito claro nos fundamentos do julgamento da ADO nº. 26 é que a liberdade e a igualdade devem reger todo o ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal e o próprio Estado Democrático de Direito, sendo os eixos para demandas e situações relacionadas ao exercício da própria dignidade da pessoa humana. Destarte, os indivíduos não podem ser tolhidos de tais prerrogativas em sua experiência humana e social.

¹¹³ No mencionado dispositivo, encontra-se a seguinte redação: “No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”.

Especificamente, os delitos da homofobia e de transfobia são violências que são perpetradas contra pessoas em razão de uma condição que não impede ou viola qualquer outro direito. Trata-se da simples liberdade de existir e da igualdade de tratamento. Nesse diapasão, não há ou não deveria haver restrição em abstrato ou em particular quanto ao gozo dessas prerrogativas (de ser e existir). Não há, inclusive, hipóteses de eventuais colisões de princípios no exercício dessas faculdades, tendo em vista que a sexualidade ou a identidade de gênero de alguém não afeta ou limita qualquer espécie de direito do outro, já que esses aspectos dizem respeito tão somente à vida privada dos indivíduos e, assim, somente referem-se a eles também. Da mesma forma que a heterossexualidade, por exemplo, só interessa aquele que adota tal orientação sexual.

Obviamente, esses princípios são objeto de discussão por todo o acórdão da ADO nº. 26, até porque são fundamentos do próprio pleito inicial da parte autora (art. 5º, XLI, CF/88 – “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”). No entanto, os ministros, ainda que de maneira inconsciente e não expressa, terminam por construir a ideia de que esses princípios são a própria moral de agir da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito brasileiro, ao menos, devem ser, considerando os próprios fundamentos do ordenamento jurídico nacional e a existência de uma Constituição com natureza garantidora da dignidade da pessoa humana.

Como exemplo, é fácil perceber da discussão travada no acórdão da ADO nº. 26, conforme Banco de Informações desta pesquisa (Anexo II), que todos os ministros citam, de algum modo, um desses princípios (igualdade e liberdade) ou ainda debatem sobre o dever de não discriminação incutido no sistema jurídico brasileiro, sendo todo esse raciocínio atrelado ao respeito à dignidade da pessoa humana. Dentre os votos, destacam-se os seguintes:

- O voto da ministra Rosa Weber, que discorre sobre o chamado direito à individualidade e à própria identidade (sexual e de gênero), que não devem ser violados, considerando que as pessoas têm o direito de se autodeterminar sexualmente, de acordo com o preceito da dignidade humana (Banco de Informações, Anexo II, Tabela V, Código “H1”);
- O voto do ministro Luís Roberto Barroso, que compreende sobre a existência de um mandamento constitucional de criminalização das condutas de homofobia e de transfobia, na medida em que são contrárias à expressão da liberdade e da igualdade,

bem como para fins de se concretizar o respeito e a proteção à integridade física da comunidade LGBTI, sendo este um grupo vulnerável (Banco de Informações, Anexo II, Tabela IV, Código “F1”);

- O voto do ministro Luiz Fux, que disserta sobre a liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero, na proteção e na defesa das minorias políticas. Além disso, o ministro ressalta a existência de um direito à autodeterminação da dignidade, cabendo aos indivíduos o dever de tolerância aos outros. Em contraponto ao princípio da liberdade de conformação do legislador, é possível estabelecer também um dever constitucional de criminalização dessas condutas de homofobia e de transfobia, com base no Estado Democrático de Direito. Com isso, os direitos fundamentais têm teor e força normativa (Banco de Informações, Anexo II, Tabela VI, Código “I1”).

Citam-se referidos votos com o objetivo de ilustrar e demonstrar que a inteligência traçada no acórdão em apreço coaduna com os preceitos teóricos desta pesquisa, especialmente no que se refere ao que se analisou sobre a intersecção entre moral e Direito na expressão dos princípios normativos e em conformidade com a realidade social brasileira. Igualmente, converge com a ideia de determinação científica da moral pelo Direito.

Com efeito, no âmbito de argumentação e de deliberação judicial, pragmaticamente, verifica-se que os conteúdos morais da igualdade e da liberdade são designados e objetivados pela Ciência Jurídica em sua linguagem, em harmonia com o que a cultura da época exige. Destaca-se que, como dito, o acórdão inteiro manifesta um entendimento simular e num sentido semelhante aos parafrazeados acima.

Dessa forma, a liberdade e a igualdade devem ser plenas e facultadas para todos, sendo seu campo de aplicação completo e irrestrito no que concerne à manifestação da própria igualdade/liberdade sexual e de identidade de gênero, não sendo passíveis de limitações, pois. Com efeito, esse binômio assenta o Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal, razão pela qual, em quaisquer outras situações, não podem ser impostas medidas repreensivas ao exercício dessas prerrogativas.

Em acréscimo, não servem como parâmetro ou escusa para deflagrações de falas e/ou comportamentos homofóbicos e/ou transfóbicos a defesa de um discurso sobre o exercício de liberdade de expressão como forma de manifestação de uma “opinião” daqueles que são contrários à igualdade/liberdade sexual e de identidade de gênero ou, ainda, que não

compreendem como “correto” a adoção de uma orientação sexual ou autodeterminação de gênero diversa do chamado “padrão existencial heteronormativo”; que também é citado pelo próprio ministro relator Celso de Melo (página nº. 50 do acórdão).

Conforme igualmente exposto no capítulo segundo desta tese, eventuais convicções pessoais que sejam discriminatórias não estão acobertadas pelo direito à liberdade de expressão. Na verdade, são concepções diametralmente diferentes, ou seja, aquilo que se entende subjetivamente como correto não deve representar ou se revestir de um ataque ao exercício do direito do outro e, muito menos, ser justificativa para expressão de comportamentos discriminatórios e contrários à liberdade/igualdade das pessoas, algo que se revela também como atos violadores da própria dignidade humana.

A CF/88 estabelece o dever de não discriminação, sendo isso ressaltado pelos próprios ministros do STF no acórdão da ADO nº. 26 majoritariamente (Banco de Informações, Anexo II, respectivamente, nos votos dos ministros Celso de Melo, Luiz Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Dias Toffoli).

Por isso, o respeito e a tolerância aos indivíduos não são uma questão de escolha ou tampouco de opinião, vez que condutas homofóbicas e/ou transfóbicas, inclusive, são incompatíveis com uma sociedade tão plural e diversa como a brasileira, ou seja, contrárias à cultura e à realidade nacional. Assim, nenhuma convicção pessoal tem a permissão de afetar ou transgredir direito alheio e tampouco à normatização constitucional (Dworkin, 2003), havendo uma clara distinção do que seria um entendimento subjetivo sobre um valor e aquilo que a CF/88 estabelece como conteúdo moral a ser protegido.

Com isso, de forma geral, nem a norma constitucional – sob a figura dos legisladores – e nem os julgadores competentes podem ser influenciados por questões externas ao Direito, a exemplo de dogmas religiosos ou de qualquer outro fator que seja mero produto da experiência pessoal. Não se deve afastar a cognição técnica em prol de uma eventual avaliação inata ou privada.

Da mesma forma, os próprios ministros do STF, ainda que tivessem compreensão intrínseca diversa sobre o tema debatido junto à ADO nº. 26, não poderiam permitir que isso afetasse à sua sobriedade de interpretação e aplicação das normas jurídicas, segundo os preceitos constitucionais e democráticos. A construção moral constitucional não deve ser ingerida por uma

moral individual ou social, visto que estas podem ser destoantes daquilo em que se funda o Estado Democrático de Direito. Por isso, refere-se a uma moral constitucional.

Em consonância a esse ponto, no voto do ministro Luís Roberto Barroso, este delineia uma razão para afastar entendimentos que eventualmente poderiam permitir a perpetração de condutas homofóbicas e/ou transfóbicas com base em convicções pessoais, qualificando seu argumento, além de demonstrar aquilo que não está inserido no âmbito de incidência do direito à liberdade de expressão. O ministro invoca o “respeito ao sentimento religioso” e à “liberdade religiosa”, todavia, ressalva que esses aspectos não abarcam qualquer faculdade de fazer ou “propagar o mal”, em observância ao pluralismo social e ao princípio da proporcionalidade¹¹⁴ (Banco de Informações, Anexo II, Tabela IV, Código, “F1”).

No mesmo raciocínio, a ministra Cármen Lúcia discorre sobre a “incompatibilização da liberdade de expressão com a violação de direitos à liberdade, à vida e à dignidade humana” (Banco de Informações, Anexo II, Tabela VII, Código “J1”), com o intuito de robustecer a compreensão de que há limites para a disseminação de crenças pessoais e essa restrição estaria justamente na liberdade de “ser” do outro.

A partir das ideias antecedentes, nota-se que o STF atinge uma espécie de moral constitucional em sua decisão proferida na ADO nº. 26, em que os fundamentos primordiais são a igualdade e a liberdade que garantem respeito e concretude à dignidade da pessoa humana de uma minoria inclusive, ao rechaçar condutas identificadas como racistas, dentro da equiparação realizada no acórdão. Assim, é moralmente justificável que haja a proteção de uma minoria comprovadamente discriminada, nos moldes das diversas pesquisas, dados e constatações apresentadas no julgamento.

3.5.1 Os Argumentos e conteúdos morais específicos

A criminalização da homofobia e da transfobia é tema nitidamente relacionado ao desenvolvimento dos Direitos Humanos em âmbito internacional, tendo pretensão de universalidade, apesar de divergências culturais. Ou seja, a regulamentação e respectiva defesa da população LGBTI advém não apenas de uma imposição histórico-social, mas também humanitária. Diante disso, uma proteção insuficiente não se justifica ou tampouco coaduna com

¹¹⁴ O mesmo ministro ainda ressalta a existência de uma “proteção insuficiente de grupos minoritários” como razão de decidir em favor da criminalização das condutas de homofobia e transfobia (Banco de Informações, Anexo II, Tabela IV, Código, “F1”).

um Estado Democrático de Direito que se firma sobre o primado da guarda à dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos e das relações internacionais (art. 4^a, II, CF/88).

No acórdão da ADO nº. 26, essa questão é claramente levada em consideração quando o ministro Luiz Fux, em seu voto, destaca a existência de compromissos internacionais para a criminalização dessas condutas que foram firmados pelo Brasil (Banco de Informações, Anexo II, Tabela VI, Código “I1”). Em outros votos (dos ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso, por exemplo) é enfatizado que essas espécies de direitos vão muito além das previsões meramente domésticas, estando este país inserido num cenário de fortalecimento dos Direitos Humanos.

No que se refere à liberdade e à igualdade, estas são citados e verificadas na própria evolução das prerrogativas fundamentais. Inclusive, são alicerces das chamadas primeira e segunda geração e/ou dimensão¹¹⁵ de Direitos Humanos (Bonavides, 2003). Extrai-se, portanto, que essas prerrogativas estão em constante avanço e modificação, buscando sempre atingir seu ápice e plenitude dentro de determinado ambiente de convivência.

Por outro lado, do que se desprende do conteúdo moral dos princípios da liberdade e da igualdade, especificamente, é possível apontar dois desdobramentos que são inerentes aos seus ideais, quais sejam: a tolerância e a não-discriminação. Em primeiro lugar, a tolerância está associada diretamente ao que se traçou ao início deste trabalho sobre a virtude da serenidade dissertada por Norberto Bobbio (2002).

Com isso, a permissão ou não intervenção naquilo que o outro é ou quer ser – que vem a definir a própria serenidade em Bobbio –, é bem abrangida por aquilo que prescreve a tolerância. De outro modo, nessa concepção de tolerância ligada à serenidade encontra-se também a mesma semântica do que estabelecem os direitos de liberdade e de igualdade quanto ao agir/ser do outro, ou seja, de aquiescência e de negação à violência.

Em segundo lugar, a não-discriminação seria um dever incutido e atrelado à própria tolerância, todavia, em um sentido mais impositivo e ativo ao sujeito/destinatário da norma, o qual está obrigado a respeitar o outro e, da mesma forma, a não se conduzir de modo preconceituoso. Mais uma vez, salienta-se que esses conteúdos se manifestam como

¹¹⁵ Utiliza-se aqui indistintamente os dois termos (geração e/ou dimensão). Contudo, sabe-se que, na contemporaneidade, o termo “dimensão” de direitos é mais adequado ao que preconiza a teoria de Karel Vasak (Silva, 2010).

fragmentações dos preceitos de liberdade e de igualdade, sendo indispensáveis à compreensão integral de seus significados e aplicações concretas.

Nos votos dos ministros, no julgamento da ADO nº. 26, nota-se também a ênfase concedida ao desenvolvimento desses argumentos com a finalidade de se aprofundar o comando constitucional existente quanto à eliminação e ao rechaço de toda forma de discriminação em razão de orientação sexual e/ou identidade de gênero. Praticamente, todos os ministros discorrem de alguma forma sobre a tolerância e à não-discriminação associados à liberdade e à igualdade, evidenciando-se as seguintes passagens do Banco de Informações, Anexo II desta pesquisa:

- No voto do ministro Celso de Mello, identifica-se a discussão sobre a refutação à interiorização do indivíduo e à intolerância, havendo uma proibição ao preconceito e à não-discriminação que estão consubstanciados na Constituição Federal de 1988 (Tabela I, Código “C1”). Por sua vez, o ministro Luiz Edson Fachin disserta sobre a igualdade material que abrange a não-discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (Tabela II, Código “D1”);
- Em prosseguimento, o ministro Alexandre de Moraes defende a tolerância como norteadora do ordenamento jurídico diante da proteção da diversidade de opiniões, além de reforçar que a discriminação é conduta atentatória aos direitos fundamentais, sendo, portanto, vedada (Tabela III, Código “E1”). Já o ministro Luís Roberto Barroso realça a tolerância atrelada ao repúdio à discriminação (Tabela IV, Código “F1”);
- A ministra Rosa Weber considera a individualidade e a identidade como essenciais para a autodeterminação sexual, sendo extraível que, para tanto, a tolerância deve ser exigida (Tabela V, Código “H1”);
- Os ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, igualmente, abordam a tolerância e a não-discriminação em seus votos (Tabela VI, Código “I1” / Tabela VII, Código “J1” / Tabela VIII, Código “K1”);
- O ministro Gilmar Mendes relaciona a tolerância também à concretização de direitos fundamentais (Tabela IX, Código “L1”). Já o ministro Marco Aurélio concede ênfase à igualdade e à proteção de minorias, algo que pressupõe a rejeição à discriminação (Tabela X, Código “M1”);

- Por fim, o ministro Dias Toffoli arremata ao expor sobre o repúdio à discriminação, ao ódio, ao preconceito e à violência por razões de orientação sexual como inerentes ao sistema constitucional brasileiro (Tabela XI, Código “N1”).

Percebe-se e demonstra-se que não apenas em teoria, mas de forma concreta, a liberdade e a igualdade emitem significados diversos que abarcam a tolerância e a não-discriminação, dentro outros. Servem referidos preceitos como componentes dos argumentos morais que criminalizaram a homofobia e a transfobia.

Contudo, não se limitam a isso, pois podem ser utilizadas como fundamentos de proibição e repreensão de qualquer outro tipo de comportamento contrário ao exercício da liberdade/igualdade em todas as suas extensões e dimensões, desde que não haja uma violação quanto à execução de um direito alheio. Exclui-se dessa abrangência a propagação de discursos de ódio. Salienta-se que esses conteúdos e argumentos morais otimizam-se e edificam-se exatamente na ocasião da exposição das razões de uma decisão, sendo, pois, na fundamentação, que a moral pode ser materializada pelo Direito, como já defendido.

Nesse contexto, constrói-se uma linearidade justificada dos argumentos morais envolvidos à liberdade e à igualdade, concedendo preenchimento aos seus diversos significados, consoante a elaboração dos votos dos ministros do STF, em associação às premissas teóricas desta pesquisa. Neste momento, entretanto, é forçoso realizar um esclarecimento sobre o método/forma de análise desses argumentos até então.

A despeito da elaboração de um Banco de Informações para auxiliar na identificação dos discursos morais investigados, lembra-se que, inicialmente (no item “1.3.2” desta tese), propôs uma avaliação desses conteúdos e das próprias razões do julgamento da ADO nº 26 por meio do Modelo de Argumentação de Stephen E. Toulmin (2006), isto é, considerando os seguintes elementos: dado, conclusão, qualificador, garantia, suporte, refutação. Justificou-se essa escolha ao se expor que o modelo tradicional (premissa maior, menor e conclusão) não seria suficiente à complexidade tratada na demanda em apreço. Quanto a essa constatação, nota-se que não houve modificação, vez que, de fato, somente com os elementos tradicionais não seria possível identificar e trabalhar esses argumentos de forma profunda.

No entanto, ao se testar a hipótese de aplicação do Modelo Toulmin de Argumentação na análise do acórdão da ADO nº. 26, verificou-se que não seria viável, tendo em vista a ausência de um padrão de estrutura de razões que se coadunasse com os elementos citados em Toulmin.

Assim, essa abordagem ficaria mais confusa do que efetivamente clara e sistematizada. Ou seja, os elementos de Toulmin não impreterivelmente estão presentes no acórdão da ADO nº. 26 ou, quando estão, não se apresentam de forma direta, tornado uma averiguação extremamente casual.

Sabe-se que os ministros do STF não necessariamente utilizaram referido método, o qual seria adotado por esta pesquisadora no sentido de conceder ao leitor uma melhor aferição dos argumentos morais trabalhados. Por isso, pretendia-se se conduzir dessa maneira com vistas a ordenar e elucidar melhor a presente investigação, porém não se chegou a um resultado factível, justamente em razão da “estética” da fundamentação decisória em que se pode encontrar elementos que não se encaixam exatamente no modelo de Toulmin.

Por outro lado, pela avaliação até então feita, deve-se mencionar que isoladamente os elementos da argumentação de Toulmin (2006) são simbolizados pelas letras iniciais na obra deste autor (dado – “D”, conclusão – “C”, qualificador – “Q”, garantia – “G”, suporte – “S”, refutação – “R”). Numa espécie de estrutura gráfica, o dado representa a premissa levantada que baseia a conclusão (ou alegação), a qual pode receber um qualificador modal de, por exemplo, possibilidade/probabilidade, que, por sua vez, é baseado num argumento de garantia, esta que possui um outro argumento de suporte da alegação, cabendo, porém, um argumento de refutação, representado pela expressão inicial “a menos que”, a qual tem a função de estabelecer as exceções possíveis às premissas iniciais.

No acórdão da ADO nº. 26, até seria efetivo identificar referidos elementos, mas não de forma congruente para cada conclusão/razão levantada pelos ministros. Ou seja, esse reconhecimento seria absolutamente aleatório, não guardando consonância realista com a construção teórica de Toulmin. Por isso, tem-se que tal proposta restou frustrada. Especificamente, os elementos denominados de “qualificador” e “refutação” são os que mais apresentaram como difíceis em serem discernidos no julgamento da demanda, ou melhor, dada a complexidade e extensão das definições/compreensões exteriorizadas nos votos, muitas vezes, os fundamentos e suas garantias (dado – garantia – suporte) foram prevalecentes. Explica-se.

Nas razões dos votos dos ministros, há extensas divagações acerca das premissas teóricas abonadas, bem como sobre questões históricas e sociais, atrelando-se a isso uma fundamentação jurídico-constitucional-valorativa bastante farta, que servem de suporte às hipóteses iniciais levantadas em cada voto. Dessa forma, os ministros conduzem-se basicamente pela aferição dos significados incutidos nas normas constitucionais, legais e convencionais que

permitem a criminalização da homofobia e da transfobia, sendo maximizados pelos motivos de natureza teórica. Assim, o “qualificador” e a “refutação” são pouco utilizados.

Entretanto, percebeu-se que, conforme item “3.5” deste capítulo, alguns ministros (Luís Roberto Barroso e Cármen Lúcia) fundamentaram seus votos com a introdução de um recurso cognitivo/intelectivo de exclusão ou redução de incidência de conduta para a configuração ou não da criminalização da homofobia e da transfobia. Ou melhor, ao afastar o discurso de ódio da proteção constitucional, delinearam aquilo que não pode ser considerado como opinião ou manifestação de pensamento religioso livre.

Assim, quando os ministros alocaram essas ideias, dispuseram que essa situação não é compatível com aquilo que é perseguido em um Estado Democrático de Direito em que vige a liberdade de expressão, a qual não alberga a propagação de preconceitos. Esse tipo de mecanismo argumentativo poderia até se assemelhar à chamada refutação de Toulmin, mas de forma inversa e não direta, vez que, no presente caso, foi empregada para fortalecer a motivação já construída e não para afastá-la, como ocorre no Modelo Toulmin, que expressamente é representada pela expressão “a menos que”. Na ADO nº. 26, o repúdio ao discurso de ódio tão somente fortaleceu a imperiosa defesa à liberdade/igualdade de orientação sexual e de identidade de gênero.

Em síntese, com essa compreensão, o discurso de ódio não é aceito como justificativa para depurar a criminalização da homofobia e da transfobia e, além disso, foi afastado fundamentadamente para a formação do convencimento dos julgadores quanto à procedência da ação em comento.

Nada obstante, mediante as exposições dos conteúdos morais já feitas neste trabalho e com base em seu Banco de Informações, compreende-se que os ministros, embora não adotem um modelo de argumentação pré-definido, concedem robustez às suas razões ao indicar fatores legais, constitucionais, convencionais e teóricos, os quais, conjuntamente, compõem um arcabouço profundo de conceitos e designações destinadas a cada princípio normativo aplicado, singularmente.

Com isso, tem-se que os elementos de Toulmin não são facilmente encontrados no acórdão da ADO nº. 26, no entanto, essa situação não retira sua legitimidade e/ou constitucionalidade, considerando o respeito ao primado da motivação das decisões, dentre outros aspectos. Da mesma forma, isso não foi prejudicial ao desenvolvimento desta tese, vez que, ainda

assim, restou factível a estruturação dessa investigação por meio dos referenciais teóricos e metodologias aplicadas.

Contudo, esse denso esclarecimento se fez essencial porque não se pode afirmar que, nesse ponto, cumpriu-se uma das promessas originalmente realizadas neste trabalho, já que foi constatado que os ministros apresentam razões e justificativas que podem se assemelhar, mas não se encaixam de forma majoritária aos elementos argumentativos de Toulmin. De todo modo, testou-se uma hipótese, ainda que tenha sido rejeitada. Do acórdão da ADO nº. 26 e do Banco de Informações desta pesquisa, é aferível que os ministros seguiram as regras processuais quanto à fundamentação decisória, especialmente aquela estampada pelo art. 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, quanto aos itens essenciais de uma decisão judicial.

No mais, as próprias determinações quanto à tolerância e ao dever de não-discriminação que foram abordados logo ao início deste item servem, inclusive, como parâmetros investigativos para a demonstração da execução da extração dos significados dos princípios normativos da liberdade e da igualdade que voltam a ser discutidos nos tópicos a seguir.

3.5.2 O argumento moral da igualdade

O debate sobre o direito à igualdade e sua extensão permeia o Direito desde o início de sua construção e admissão como Ciência. Na verdade, a igualdade é um tema de relevância e preocupação social como um todo, não sendo associado a um ou a outro âmbito de conhecimento apenas. Nas primeiras declarações de direito, como é o caso da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a igualdade¹¹⁶ já se apresentava como o centro de proteção política e jurídica, apesar de ter um conteúdo mais restrito.

Explica-se. Na citada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 1º, tem-se que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”. Nada obstante possa parecer sutil, atualmente, essa referência de igualdade destinada apenas a um gênero causa certa estranheza. Por outro lado, sabe-se que, para a época, essa descrição refletia àquela realidade cultural.

Em sentido semelhante, ainda em referido artigo, admite-se textualmente a possibilidade de certas “distinções sociais” quando houver fundamentação em “utilidade comum”. Ora, essa condicionante destoa totalmente da noção de igualdade contemporaneamente abonada, a qual

¹¹⁶ Isso vale para a prerrogativa da igualdade, mas esta será detalhada no item seguinte.

busca ampliar seu significado e concretude ao rechaçar tratamentos desiguais, seja por quaisquer fatores de discriminação.

Nota-se que a Revolução Francesa – que deu origem ao documento em tela – trouxe consigo notáveis transformações sociais, políticas, jurídicas e até morais, entretanto, ambientou-se num contexto que ainda se concebia exclusão de determinados grupos sociais, como é o caso das mulheres, por exemplo. A igualdade então preconizada era numa perspectiva mais formal e não material efetivamente.

Numa visão mais moderna, a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 apresenta-se sobre uma acepção congruente com a igualdade material, em que se objetiva a execução de medidas que proporcionem um tratamento igualitário a todas as camadas da sociedade, independentemente de classe, gênero, etnia, cor, orientação sexual e quaisquer outras eventuais razões injustas de preconceito. Além disso, essa noção de igualdade destina-se também a preencher e a adequar as desigualdades existentes, isto é, ao balancear certas escalas de privilégios em contraposições a algumas desvantagens advindas da origem do indivíduo e de sua condição física, por exemplo.

Inclusive, a própria expressão utilizada ao se referir à igualdade é “todos” e não mais “homens” somente, de modo que, no art. 7º da declaração de direitos em comento, dispõe-se que: “todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”. Essa toada de modificação na linguagem utilizada em documentos jurídicos não é nada banal, em verdade, denota-se a proposição de uma remodelação nas estruturas de poder e na convivência social, sendo dever do Direito esse estímulo de comportamento e consciência.

Esse documento expõe e carrega consigo denso peso histórico para a compreensão humanitária dos direitos e finalização de uma Era trágica que fora vivenciada durante a Segunda Guerra Mundial, que se manifesta como fonte material e marco mundial para edificação e idealização dos Direitos Humanos. Da mesma forma, direciona a imposição de uma nova ordem de prerrogativas para a dignidade da pessoa humana, com pretensão de impactos universais. A igualdade, portanto, reveste-se de uma ótica diversa e recebe relevos mais intensos no que se refere à sua concretização real. A Declaração dos Direitos Humanos de 1948 assumiu, assim, o papel de alterar aquele cenário, bem como para evitar novos acontecimentos nefastos em

desfavor de quaisquer pessoas, juntamente com a criação da Organização das Nações Unidas – ONU (1945).

Esses debates em torno do redimensionamento da igualdade, partindo-se de sua premissa formal até a material, demonstram o compromisso e a finalidade da Ciência Jurídica em determinar e objetivar os valores coletivos e, portanto, a própria moral social. É perceptível sua constante tentativa em acompanhar e aprimorar o ambiente de convivência e os direitos que são garantidos aos indivíduos. O teor axiológico que é inerente à igualdade foi aperfeiçoado ao longo do tempo e continua em progresso, principalmente para os setores considerados minoritários na sociedade, como as mulheres, negros e a própria comunidade LGBTI.

A presente divagação inicial é necessária porque a moral hodierna é justamente essa, em que vige a concepção dos Direitos Humanos, da dignidade da pessoa humana e da igualdade material. E, claro, no contexto do julgamento da ADO nº. 26, isso não diverge, vez que o Brasil se institui sob um Estado Democrático de Direito, em que há limitação de poderes pelos direitos fundamentais. Nesse diapasão, tem-se que essa elaboração teórica e pragmática em meio a esses aspectos jurídicos, políticos e morais não deve retroceder, mormente em virtude da não permissão de retrocesso dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

Reforça-se que, no acórdão da ADO nº. 26 (Banco de Informações, Anexo II), os ministros posicionam-se no sentido de enaltecer essa contextualização dos Direitos Humanos em prol da defesa da igualdade destinada à comunidade LGBTI especificamente (Celso de Mello – Tabela I, Código “C1”; Ricardo Lewandowski – Tabela VIII, Código “K1”; Gilmar Mendes – Tabela IX, Código “L1”; por exemplo).

A preocupação em torno do alcance da moral que engloba a prerrogativa da igualdade transmudou-se justamente em razão dos cenários em que se situa, destacando-se esse caráter moldável, adaptável e progressivo dos valores que acompanha o ritmo das épocas e os anseios das pessoas. Depende, pois, do objetivo dos próprios indivíduos e de suas necessidades, havendo uma repercussão na consciência coletiva (Greene, 2013). Entretanto, a despeito desse caráter fluído e ajustável da moral, não se deve afastar a possibilidade de sua determinação, notadamente pelo Direito e sua linguagem, conforme discussões travadas ao longo do primeiro capítulo deste trabalho. Ou seja, essas particularidades da moral não impedem seu tratamento científico e objetivo.

Joshua Greene menciona que a moralidade seria “um conjunto de adaptações psicológicas que permite que indivíduos de outro modo egoístas colham os benefícios da cooperação” (2013, pg. 33). Com efeito, essa visão coaduna com a ideia de que os seres humanos, através de suas lutas e desígnios, têm responsabilidade direta quanto à contribuição para o estabelecimento da moral em cada momento histórico e em cada cultura. Acrescente-se que, nesse aspecto, o Direito também funciona como uma espécie de orientador desse intento, segundo um revestimento de concepções mais gerais, categóricas e científicas, mediante seus instrumentos próprios.

Nesse diapasão, é que se esclarece que a Ciência Jurídica, – por meio de suas ferramentas, especialmente pelas normas constitucionais (que são hierarquicamente superiores) –, pode e deve instituir uma espécie de moral jurídica que rege o sistema normativo e às instituições e seus jurisdicionados. No caso em apreço, designa esse aspecto valorativo como uma moral constitucional, a qual também se extrai do acórdão da ADO nº. 26, tendo como alicerce a dignidade da pessoa humana. Esta, por sua vez, somente pode ser garantida aos cidadãos quando a eles é destinado o direito à igualdade em sua faceta mais plena (assim como para a liberdade).

Com mais vagar, a igualdade em si permite que o indivíduo exerça suas prerrogativas de maneira eficiente em face do Estado e dos demais concidadãos, sem desvantagens e/ou restrições injustas. Além disso, tem-se que essa moral constitucional somente é possível no âmbito de um Estado Democrático de Direito, o qual tem a aptidão e meios hábeis para justamente propiciar uma forma de igualdade que atinja não apenas uma camada da sociedade, mas que tenha pretensões de ser extensível e completa a toda ela. Ou seja, que não seja admitido qualquer fator de discriminação, algo que engloba o dever de tolerância tratado no item anterior.

É claro que a moralidade pode ter diversas perspectivas, no entanto, como dito, busca-se uma certa objetividade em meio ao tratamento científico-jurídico, considerando que o Direito tem por finalidade a moldagem e estímulos de condutas para aprimorar o convívio em sociedade, bem como as funções que são desempenhadas pelo Estado. Com efeito, a moral subjetiva é diferente de uma moral constituída pelas normas jurídicas, as quais consideram os valores de dado corpo social em associação ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, com vistas ao progresso de garantias. Vê-se na igualdade uma das premissas elementares para se estabelecer esses propósitos, bem como aplicar e executar os ditames de um regime democrático.

Não se deve afastar essa busca por objetividade e cientificidade em torno da moral ainda que diante de um mundo diversificado e plural em que se vive, mormente quando depara-se com a realidade e evolução histórica do Brasil de maneira particular. Os constantes distintos pontos de vistas em relação aos valores servem de fomento às discussões e à evolução dos direitos, provocando ganho social e educativo (Greene, 2013). Todavia, esse fenômeno deve continuar a atender o engrandecimento e desenvolvimento das pessoas, que formam definitivamente as estruturas sociais e de poder. A igualdade é, portanto, elemento essencial dessa condução, devendo ser reverberada em todos os contextos.

Na ADO nº. 26, quando se avalia o conteúdo moral empiricamente, mediante a presente investigação crítico-pragmática, percebe-se na igualdade o ponto fulcral de determinação dos preceitos da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito, que impedem os comportamentos discriminatórios e de não-tolerância. Assim, possibilita-se que haja a criminalização das condutas de homofobia e de transfobia ao se estabelecer uma construção teórica de proteção das minorias e garantia da igualdade material. Da mesma forma, esse raciocínio pode ser aplicado plenamente a outros cenários de eventual restrição de igualdade concreta, seja para proibir, punir ou incitar uma conduta.

Detalhadamente, tem-se que na ADO nº. 26 o próprio pleito inicial fundamenta-se na igualdade (e liberdade também). Em congruência, no acórdão da demanda, os ministros posicionam-se por meio de vieses semelhantes, para reconhecer o significado da igualdade material que é acobertado pela Constituição Federal e pelo Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, extrai-se o teor valorativo e moral que é revisitado e redimensionado pela linguagem jurídica quando da interpretação da igualdade material. No Banco de Informações, Anexo II, deste trabalho, destacam-se os seguintes votos que compõem o acórdão da ADO nº. 26:

- Primeiro, o do ministro Celso de Mello, o qual se refere expressamente à uma igualdade plena, que constitui a própria dignidade humana, além de desenvolver que a busca da felicidade é um direito inerente ao indivíduo. Este tem a prerrogativa de ser quem e como quiser, de modo que a diversidade é compatível com uma sociedade democrática que prima pelos direitos humanos (Anexo II, Tabela I, Código “C1”);
- Em seguida, tem-se o voto do ministro Luiz Edson Fachin que também cita a igualdade material, a qual abrange a não-discriminação por orientação sexual ou por

identidade de gênero, sendo essa acepção integrante da proteção à dignidade da pessoa humana (Anexo II Tabela II, Código “D1”);

- O ministro Luís Roberto Barroso disserta sobre a igualdade como pilar da defesa da integridade física da comunidade LGBTI, sendo este um grupo vulnerável, quem tem em seu favor o dever de tolerância. Isso, também em prol da dignidade da pessoa humana (Anexo II, Tabela IV, Código “F1”). Por sua vez, a ministra Rosa Weber atrela a dignidade humana à igualdade, como iminentes à proteção de minorias vulneráveis (Tabela V, Código “H1”);
- O ministro Luiz Fux discorre sobre a igualdade e a não-discriminação como essenciais para a criminalização das condutas de homofobia e transfobia (Anexo II, Tabela VI, Código “I1”). Já o ministro Ricardo Lewandowski também associa a igualdade à proteção de minorias, com base na proteção de Direitos Humanos, na dignidade humana e na busca pela felicidade (Anexo II, Tabela VII, Código “K1”);
- O ministro Gilmar Mendes trata da igualdade e da necessidade de uma extensão do conceito jurídico-constitucional de racismo para criminalizar as condutas de homofobia e de transfobia (Anexo II, Tabela IX, Código “L1”). Por fim, o ministro Marco Aurélio aborda a igualdade relacionada à efetividade constitucional (Anexo II, Tabela X, Código “M1”).

Os votos sumariamente avaliados acima têm a finalidade de reforçar o teor e amplitude da igualdade material para criminalizar condutas. Entretanto, não são noções aplicáveis isoladamente. Na verdade, é pertinente que essas acepções sejam incorporadas à mencionada moral constitucional, já que a igualdade é alicerce do Estado Democrático de Direito e da Constituição Federal. Conforme item 3.5 desta tese, a igualdade e a liberdade são os próprios fundamentos morais e axiológicos de uma sociedade democrática.

Desse modo, o Direito¹¹⁷ concebe uma moral jurídica que estabelece, encoraja, protege e proíbe comportamentos, com vistas a evitar violações aos direitos fundamentais que preenchem a dignidade humana. As normas jurídicas, particularmente os princípios, podem ter seu conteúdo moral demonstrado e alargado justamente para possibilitar o progresso desses direitos fundamentais, portanto.

¹¹⁷ O Direito e a moral, quando alinhados, têm a aptidão de construir ou modificar normas, que atendam às premissas constitucionais e democráticas, reforçando a cientificidade dos conteúdos morais em linguagem jurídica.

3.5.3 O argumento moral da liberdade

As concepções dos direitos de igualdade e de liberdade surgem como uma decorrência recíproca. Para o indivíduo ser livre, ele deve, inicialmente, ter a si destinado um tratamento isonômico para possuir a faculdade de agir como quiser (ou como puder, dentro das possibilidades instituídas por uma organização estatal, mas na mesma medida que os demais partícipes deste ambiente, sem discriminação).

Assim, liberdade e igualdade complementam-se e ocasionam desenvolvimento mútuo em suas aplicações. Singularmente, a liberdade representa um suporte para o exercício de qualquer direito, de modo que é imprescindível autonomia e emancipação para se conduzir sem restrições em termos de falas, ações e de vontades. É claro que essa liberdade abstrata pode ser condicionada a uma liberdade concreta, isto é, as pessoas são livres entre si, mas devem respeito às respectivas faculdades alheias. A liberdade de um limita-se a liberdade do outro, mormente para se viver numa coletividade.

Entretanto, em tese e à princípio, defende-se que a liberdade seja compreendida de maneira plena e ilimitada (Silva, 2010), sendo readequada tão somente diante das imposições legais e constitucionais, consoante as regras e princípios normativos prévios, bem como ante a uma situação real. Além disso, segundo uma perspectiva mais específica, quando a liberdade se refere ao aspecto de ser e se reconhecer de dada maneira, como é o caso da comunidade LGBTI; ou seja, sobre uma perspectiva particular sobre si; essa definição de liberdade de forma irrestrita se fixa, tendo em vista que não há uma invasão ou violação de qualquer liberdade de outro quando se refere à orientação sexual e/ou à identidade de gênero.

Ronaldo Dworkin (2006) realiza uma leitura moral da Constituição Federal americana em que disserta que todos os profissionais do Direito e jurisdicionados em geral devam enxergar a norma constitucional como uma espécie de instrumento intelectual que comporta valores e questões morais, ou seja, essa leitura moral preconiza uma interpretação voltada aos chamados princípios de justiça, mas sem conotação subjetiva, na medida em que a Constituição Federal estabelece os parâmetros dessa averiguação. Com isso, os dispositivos constitucionais seriam observados em associação à moral.

O autor, ainda, trabalha de maneira mais detalhada essa concepção moral em cenários mais específicos quanto ao exercício do próprio direito de liberdade, a exemplo do direito (“ao”) ou à descriminalização do aborto e ao princípio da liberdade de expressão. Apesar de sua

exposição referir-se diretamente à norma constitucional americana, é possível transportar sua aplicação para a realidade brasileira, na medida em que o autor expressamente ressalta sobre a utilização daquele raciocínio às Constituições contemporâneas (Dworkin, 2006). Nesse caso, a norma constitucional brasileira pode ser apontada como exemplo, considerando também que, como visto, a Constituição Federal de 1988 estabelece-se sob um regime democrático de defesa e proteção dos direitos fundamentais e direitos humanos, haja vista a limitação do poder estatal.

Diante disso, percebe-se que essa leitura moral se estende também ao presente estudo, dentro do contexto e objeto analisados, razão pela qual se reitera que a Constituição Federal de 1988 apresenta uma linguagem valorativa e moral, que é materializada especialmente pelos princípios da igualdade e da liberdade, que indicam juízo morais efetivos ligados à qualificação individual e ao convívio em sociedade. Dito de outro modo, a igualdade e a liberdade oferecem condições para que as pessoas tenham e exijam respeito a sua dignidade particularizada e, ainda, permite que seja instaurado um ambiente coletivo aperfeiçoado ante essas garantias.

A norma constitucional é instituída de forma abstrata e em tese, porém deve ser concretizada e executada na realidade, sob pena de ser ineficaz. No mesmo sentido, busca-se assegurar o desenvolvimento desses direitos, sobretudo, o de liberdade (Dworkin, 2006). No caso da criminalização da homofobia e da transfobia, isso foi possível por meio da ADO nº. 26, em que se traçou concepções palpáveis sobre a extensão da liberdade, assim como da igualdade, conforme já referido.

Saliente-se que Dworkin (2006) concebe que essa interpretação constitucional sob uma ótica moral tem a possibilidade de atingir a chamada integridade constitucional, ou seja, em que a extração dos significados constitucionais ocorra de maneira completa, harmônica e equânime, de acordo com seus padrões normativos que indicam e preveem questões axiológicas. Exige-se, pois, uma condução coerente no que se refere à aplicação constitucional e, em última razão, para o entendimento dos princípios constitucionais, tal como o da liberdade, o qual norteia o Estado Democrático de Direito e promove essa moral constitucional.

Em quaisquer circunstâncias, uma aceção sobre os juízos morais advindos de normas jurídicas não pode se exibir de maneira particular ou subjetiva, devendo exteriorizar as bases constitucionais, sem interferências pessoais daqueles que os expressam, sejam julgadores, advogados, profissionais do Direito em geral ou dos cidadãos (Dworkin, 2006).

O pensamento de Dworkin oferece estrutura novamente ao que já vem se defendendo nesta pesquisa quanto à natureza moral e valorativa de normas constitucionais, sobretudo, em relação aos princípios, estes que representam a aplicação da conotação jurídica à moral, cientificando-a. Além disso, reforça a posição da liberdade como premissa para o desenrolar da existência de uma moral constitucional, isto é, que é determinável pela norma jurídica, seja de maneira abstrata e/ou concreta. Frisa-se que esse discurso se estende ao princípio da igualdade.

No julgamento da ADO nº. 26, a liberdade é também um dos fundamentos dos pedidos iniciais (Banco de Informações, Anexo I, Tabela II, Código “B1”), sendo delineada por todos os votos dos ministros que compõem o acórdão, no qual se verifica um tratamento empiricamente detalhado de significâncias e significados quanto à liberdade, que são avaliados na demanda constitucional em comento.

Nos votos dos ministros do STF, deve-se realizar alguns destaques quanto a essa abordagem, consoante Banco de Informações, Anexo II, desta tese, em síntese:

- No voto do então ministro Celso de Mello, este disserta sobre a chamada “liberdade constitucional”, a qual, em sua concepção, abrangeria a liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero, sendo estes direitos personalíssimos (Tabela I, Código “C1”). Assim, para ele, essas condições fazem parte da personalidade e, portanto, individualidade de cada ser humano, o qual deve ser livre para assim agir e se reconhecer, independentemente dos demais. Além disso, Celso de Mello se refere à proteção aos Direitos Humanos como inerente a esta temática, devendo-se preservar a laicidade estatal em contraponto à liberdade constitucional. Frisa-se, ainda, que no voto em comento os autores citados em sua fundamentação são de áreas inúmeras, albergando desde aspectos sociais, filosóficos e culturais até aspectos legais e constitucionais ligados àquele assunto (Tabela I, Código “C4”);
- O ministro Alexandre de Moraes disserta sobre os chamados “Princípios de Yogyakarta”, isto é, um documento internacional sobre direitos humanos nas áreas de orientação sexual e de identidade de gênero. Noutro ponto, o ministro fundamenta sobre as liberdades fundamentais que não fazem decorrer a criminalização da liberdade religiosa, todavia, estabelecem o convívio consoante as noções de Estado Laico. Desse modo, a liberdade de crença e culto é aplicada sob a perspectiva da tolerância e da diversidade de opiniões (Anexo II, Tabela I, Código “E1”);

- O ministro Luís Roberto Barroso compreende que liberdade e igualdade compõem a noção de integridade física da comunidade LGBTI, algo que repercute e igualmente faz parte das prerrogativas de qualquer cidadão. Prossegue ao enfatizar que a liberdade religiosa é garantida, mas não de fazer e/ou propagar o mal, considerando o pluralismo e diversidade social (Anexo II, Tabela IV, Código “F1”);
- Por sua vez, o ministro Luiz Fux narra acerca do cenário de marginalização e discriminação da comunidade LGBTI, a qual deve ter garantida a liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero, conforme ponderação de princípios normativos (Anexo II, Tabela VI, Código, “I1”);
- A ministra Cármen Lúcia reforça sobre o direito à liberdade para ser concedida efetividade às normas constitucionais, as quais contemplam a proteção de minorias. Em seu voto, também considera sobre a incompatibilização da liberdade de expressão com a violação de direitos à liberdade, à vida e à dignidade humana, em rechaço ao argumento de que algumas “opiniões” não seriam homofobia e/ou transfobia (Anexo II, Tabela VII, Código “J1”);
- Já o ministro Gilmar Mendes atrela a liberdade ao direito de felicidade, bem como à necessidade de proteção à dignidade humana. O ministro também se refere a um direito de autodeterminação, que tem conexão direta com a própria emancipação e livre reconhecimento do indivíduo. Disserta sobre o direito ao autodesenvolvimento e à cidadania, os quais fazem parte da noção de liberdade, como proibitivos de condutas homofóbicas e/ou transfóbicas (Anexo II, Tabela IX, Código “L1”), para que o indivíduo possa se conduzir como bem entender no âmbito de sua singularidade como ser humano.

Nota-se que todos os ministros ora citados partem da premissa de compreender a liberdade como imanente à dignidade humana e à sua própria individualidade, de modo que as liberdades de orientação sexual e de identidade de gênero não podem ser tolhidas por quaisquer violências, inclusive, aquelas revestidas de supostas opiniões. No geral, a liberdade em si traça a base de desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana, permitindo que as pessoas exercem plenamente seu papel de cidadão em um regime democrático. Observa-se que as acepções de liberdade, democracia, dignidade, individualidade entrelaçam-se nos votos dos ministros ao compor tema específico dos direitos fundamentais e direitos humanos.

Mediante essa análise semântica e empírica dos argumentos valorativos, alcançou-se esse entendimento sobre a moral constitucional, que consiste no entroncamento dos princípios de liberdade e de igualdade, formando o eixo do Estado Democrático de Direito e posicionando-se como normas orientadoras da Constituição Federal de 1988, para aplicação em todos os ambientes de socialização e institucionalização.

Os votos ainda apresentaram uma clareza e coerência no tratamento valorativo da liberdade, bem como da igualdade, de modo que essa lógica é extraível para incorporar e robustecer a existência de uma moral constitucional, cuja determinação é feita pela Ciência Jurídica, assim como por sua linguagem e métodos. Percebe-se que uma das teses firmadas ao final do julgamento foi a seguinte:

[...] A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero (Banco de Informações, Anexo II, Tabela XII, Código “O1”, Acórdão ADO nº. 26).

Ora, ao final, mais uma vez, tem-se que a liberdade, em seus diversos âmbitos de significados, foi compreendida dentro da própria liberdade de expressão, contudo, sem conferir proteção aos discursos de ódio que limitam ou violam a liberdade de outros, conforme mencionado. Isso é relevante ao passo que, a despeito de a liberdade ser ampla, esta pode ser confrontada com outras liberdades, de modo que os ministros apresentaram um perfil detalhado sobre a aplicabilidade da liberdade constitucional, que protege as individualidades frente às convicções pessoais e/ou opinativas.

Nesse ponto, a principal proposta teórica que se explana em síntese de tudo que fora exposto é a formulação dessa moral constitucional (igualdade e liberdade) como referência de interpretação e execução das normas constitucionais, mormente ante ao exercício de direitos da

personalidade, com extensão às práticas sociais gerais, de acordo com a Ciência Jurídica. Esse conteúdo moral científico-jurídico, portanto, reflete os valores do Estado Democrático de Direito a fim de conceder aos indivíduos sua dignidade plena e irrestrita em seu agir e em seu reconhecer-se, de acordo com a imposição constitucional.

Diante disso, tem-se uma moral jurídica específica e delineada de forma constitucional e argumentativa, que fomenta a liberdade de ser quem é e não ser alvo de preconceito, bem como de ter tratamento igual a si destinado frente aos demais. Essa concepção faz uma revisitação e traz resfôlego aos princípios normativos, ressoando também na pacificação social. A moral, então, não seria fluída, mas determinável por tais premissas jurídicas, numa visão humanística do Direito que se associa à moral para esse intento.

3.6 A inexistência de repercussão da decisão do STF (na ADO nº. 26) nos Tribunais de Justiça brasileiros: uma desconsideração pragmática das premissas principiológicas-normativas estabelecidas judicialmente

Neste tópico, será avaliado brevemente de que forma os Tribunais de Justiça brasileiros vêm aplicando as premissas estabelecidas no julgamento da ADO nº. 26, desde a divulgação de seu acórdão (em 06 de outubro de 2020) até a finalização desta tese, especialmente quanto à real criminalização das condutas de homofobia e de transfobia e os conteúdos morais identificados. Inicialmente, essa análise não estava sendo cogitada pela pesquisadora, vez que se reputou desnecessária aos propósitos iniciais do trabalho.

Entretanto, ao passo em que a investigação foi se desenvolvendo, percebeu-se que apenas a exposição sobre a fundamentação decisória da ADO nº. 26 não seria suficiente, tendo em vista as dúvidas que foram surgindo a respeito da efetiva execução da decisão em apreço.

Desse modo, reputou-se imprescindível entender um pouco sobre a reverberação dessa decisão do STF sobre os órgãos jurisdicionais mais próximos da sociedade brasileira: os Tribunais de Justiça. Adianta-se que, de forma ampla, deparou-se com uma ausência de consideração e aplicabilidade das premissas teóricas traçadas pelo STF pelos órgãos de segunda instância da Justiça Comum, sendo isso tratado com mais detalhes a seguir.

Em um primeiro momento, ao ter a sensação de que a incidência de abordagem quanto à decisão proferida na ADO nº. 26 seria exacerbada, recortou-se geograficamente esta pesquisa ao

limitar sua exploração pragmática ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará¹¹⁸, por ser uma realidade diretamente relacionada à Universidade que abriga esta pesquisa, bem como para que fosse realizável em tempo hábil. Em seguida, verificou-se que essa realidade não se sustentava. Explica-se.

Antes, cabe frisar brevemente que o objetivo principal dessa verificação seria: entender de que forma os Tribunais de Justiça vêm ocupando-se da temática em tela; se, de fato, a criminalização da homofobia e da transfobia está sendo reconhecida na prática; se há obediência e convergência de seus posicionamentos com a decisão do STF e, se o conteúdo moral até aqui evidenciado e explorado tem alguma relevância ou concretização para os órgãos jurisdicionais de segunda instância da Justiça Estadual.

Esclarece-se ainda que esta pesquisa foi executada mediante a utilização do certificado digital da Ordem dos Advogados do Brasil do Ceará em nome da autora desta pesquisa, com a finalidade de acessar os sistemas de virtualização processuais respectivos. Com efeito, os resultados, até a data da última consulta (em 01 de fevereiro de 2023), são os seguintes.

A plataforma de virtualização de processos utilizada, preliminarmente, foi a do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, como dito, sendo este o endereço eletrônico: .<<https://esaj.tjce.jus.br/>>. Em referida página da rede mundial de computadores, a pesquisa foi procedida a partir da seleção dos itens denominados seguidamente como “Consultas processuais”, “Consulta de Jurisprudência”, na modalidade “Pesquisa livre”. Assim, o termo de pesquisa utilizado nessa ocasião foi “homofobia”, com a finalidade de estender os resultados possíveis. Além disso, especificou-se a busca por “acórdãos” nos itens disponíveis pelo *site*, mais especificamente: .<<https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?gateway=true>>.

Nesta persecução, encontrou-se dezoito processos, quais sejam: nº. 0006812-15.2017.8.06.0036, nº. 0002854-45.2019.8.06.0167, nº. 0014662-91.2016.8.06.0154, nº. 0620301-81.2017.8.06.0000, nº. 0022414-40.2006.8.06.0001 – nestes cinco processos, o tema “homofobia” é apenas transversalmente tratado, não se extraíndo qualquer repercussão da ADO nº. 26, tendo outros crimes como objeto. Em seguida, tem-se: nº. 0037346-18.2015.8.06.0001, nº. 0055163-43.2021.8.06.0112, nº. 0003499-41.2018.8.06.0091, nº. 0011460-55.2016.8.06.0171, nº. 0023797-08.2018.8.06.0171, nº. 0000332-93.2017.8.06.0206, nº. 0014965-91.2017.8.06.0115, nº.

¹¹⁸ Obviamente, a escolha pelos Tribunais de Justiça justifica-se em razão de sua competência para julgar essas condutas criminosas (homofobia e transfobia), sendo uma competência residual que não contempla crimes contra a União.

0177155-81.2019.8.06.0001, nº. 0170441-76.2017.8.06.0001 – em todos esses nove processos, encontra-se uma citação do autor Guilherme Nucci, em que este discorre sobre os fatores de personalidade em relação aos agentes de crime, descrevendo a homofobia como algo claramente negativo, de modo que a homofobia e tampouco a transfobia não são temas centrais de tais processos.

Tem-se ainda os processos a seguir: nº. 0912740-32.2014.8.06.0001, que trata de injúria por homofobia, cuja decisão fora proferida antes do julgamento da ADO nº. 26, mas que surgiu na busca; nº. 0039342-75.2020.8.06.0001 e nº 0004589-03.2010.8.06.0047, que dispõem sobre a homofobia como qualificadora e, por fim, o processo de nº. 0013454-61.2007.8.06.0001, relativo a uma Apelação Cível sobre reparação moral por homofobia.

De logo, forçosa é uma crítica destinada à plataforma de pesquisa virtual do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, vez que é pouco precisa, ainda que diante da manipulação dos “filtros” disponíveis (que também são insuficientes); isso, porque, na busca acima, tem-se a aparição de resultados diversos que não necessária e diretamente estão ligados ao crime de homofobia, bem como porque apareceram processos com decisões anteriores ao julgamento da ADO nº. 26, além de demandas pouco específicas a esse assunto. Por outro lado, esses resultados podem justamente representar a ausência de repercussão da decisão proferida na ADO nº. 26 pelo STF sobre o tribunal em comento. Ou, ainda, que essa situação emerge em razão do pouco lapso temporal decorrido desde a prolação do acórdão até então.

Extrai-se, pois, que nove dos dezoito processos encontrados referem-se tão somente a uma citação do autor Guilherme Nucci; enquanto os demais, em resumo, igualmente não têm a homofobia e a transfobia como cerne temático. Após essa pesquisa preambular, na mesma data de consulta informada, traçou-se uma nova no mesmo *site*, mas com a utilização da palavra-chave “transfobia”, mediante a seleção dos mesmos itens anteriormente apontados. Dessa vez, não foi encontrado qualquer acórdão, ou seja, nada que denote a incorporação da compreensão do STF quanto à equiparação da homofobia e da transfobia ao crime racismo e tampouco deparou-se com fundamentações sobre a relação disso com os direitos de liberdade e de igualdade, que seriam o núcleo do argumento moral constitucionalmente estipulado.

Após, da mesma forma, apenas modificou-se as palavras-chaves para “homofobia e transfobia”, em que novamente não se obteve qualquer acórdão. Com essa apuração insistentemente negativa, optou-se por empreender uma pesquisa em endereço eletrônico de uma

plataforma integrada de jurisprudências (.<<https://www.jusbrasil.com.br/feed/>>.), da qual a autora é assinante, em que seria viável obter um panorama de produtos decisórios de todos os Tribunais de Justiça brasileiros sobre esses objetos. Posicionou-se, então, na finalidade de investigar se as conclusões extraídas da pesquisa quanto à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará iriam se replicar no restante do país. Como será visto, isso foi confirmado de certa forma.

Assim, em 01 de fevereiro de 2023, ao efetuar essa busca, selecionou-se todos os Tribunais de Justiça nacionais, utilizando-se o termo “homofobia”. Com isso, verificou-se que a maior incidência de decisões em que referida expressão aparecia eram nos tribunais do Sul e Sudeste (Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul), contudo, essa grande ocorrência era concernente a ações de reparação de danos na esfera cível, conforme *link* de pesquisa (.<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=homofobia&idtopico=T10000010>>.).

Ainda entre essas decisões, uma proferida no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em sede de Recurso em Sentido Estrito, destacou-se, vez que trazia a menção literal ao crime de homofobia por equiparação ao racismo (Recurso em Sentido Estrito de nº.10024200966109001). Nesta, em suma, o entendimento foi no sentido de rejeitar a denúncia apresentada por se entender que, naquele caso, não houve demonstração de dolo em ofender toda a comunidade LGBTI, ou seja, inexistia dolo para a prática de homofobia, por equiparação ao racismo. Por isso, considerando o maior número de resultados advindos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, elegeu-se este para aprofundar a investigação quanto à repercussão da ADO nº. 26.

Acessou-se, portanto, o *site* oficial do TJMG (.<<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>.), selecionando o item quanto à busca por jurisprudência e, mediante utilização de pesquisa livre, consultou-se pelo termo homofobia. Os produtos dessa busca foram estes: processos nº. 1.0000.19.054131-8/002, este relativo a um recurso de Apelação Cível (sobre reparação moral); processo nº. 1.0000.21.244303-0/000, quanto a uma decisão em *Habeas Corpus*, sendo uma questão de suposta homofobia de policiais usada para fundamentar liberdade de preso, não se tratando propriamente de julgamento de crime de homofobia e de transfobia e, por fim, o processo nº. 1.0024.20.096610-9/001, referente ao Recurso em Sentido Estrito já citado acima, quanto à não demonstração de racismo-homofobia, em que não houve enfrentamento de questões principiologicamente normativas entabuladas na ADO nº. 26.

Em seguida, realizou-se uma nova pesquisa, mas com a utilização da palavra-chave “transfobia”¹¹⁹, em que nada foi encontrado dessa vez. Por fim, empregou-se as expressões “homofobia e transfobia”, em que o resultado também foi inexistente¹²⁰.

A partir das averiguações acima, denota-se que o tema é bastante incipiente até mesmo na realidade dos Tribunais de Justiça brasileiros, não havendo praticamente qualquer material disponível ou tampouco robusto para aferir a efetividade do entendimento do STF nesse ponto. Da mesma forma, a análise conteudista da moral no que se refere à uma remodelação adequada dos princípios da liberdade e da igualdade não se fez possível, ante essa baixa incidência de decisões sobre o assunto principal desta pesquisa.

Confere-se tal resultado em razão do curto transcurso de tempo desde a prolação do acórdão na ADO nº. 26 até o momento, mas não apenas a isso. Talvez, essa justificativa igualmente esteja atrelada a uma mudança lenta de cultura social e de técnica em se compreender as condutas delitivas em apreço como racismo equipado. Assim, também em razão da necessidade da evolução de novos estudos com base na decisão real e concreta da Corte constitucional brasileira.

Por esses motivos, tem-se a não incorporação do entendimento do STF de maneira integral pelos Tribunais estaduais, de modo que não fora factível a realização da análise dessa problemática solucionada pelo STF, algo que não afasta seu aprimoramento com o passar dos anos. Por ora, o que se observa é uma baixa e até mesmo inexistente influência da decisão do STF sobre os Tribunais de Justiça nacionais.

119

Link: [.<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=transfobia&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar>.](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=transfobia&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar) Acesso 01 de fev. 2023.

120

Link: [.<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=homofobia+e+transfobia&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar>.](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=homofobia+e+transfobia&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar) Acesso 01 de fev. 2023

Em decorrência, não se pôde investigar profundamente a forma que tais tribunais vêm tratando da temática julgada pela ADO nº. 26, bem como sobre o reconhecimento dessas condutas como criminosas. De outro lado, tem-se, até então, uma ausência de obediência e convergência de seus posicionamentos com o acórdão do STF. O conteúdo moral referenciado não aparece nos Tribunais de Justiça, não tendo sido verificado sua relevância para tais órgãos nesta pesquisa.

A moral e o Direito, entretanto, permanecem conectados, tanto em termos teóricos como práticos, conforme avaliado ao longo de toda esta tese. Embora o Direito manifeste-se por meio de uma linguagem própria, este tem diversos pontos de convergência e intersecção com a moral, não sendo apenas um discurso, mas uma evidência extraível da vida em concreto. A união entre a moral e o Direito não é fruto apenas de uma retórica ou ideologia, mas de uma necessária evolução histórica e científica que se moldou/assentou ao longo dos anos, tanto o é que se observa sua abordagem pragmática por órgãos jurisdicionais que se inserem em regimes democráticos, tendo em vista a adoção e respeito aos direitos fundamentais.

Portanto, a decisão do STF proferida na ADO nº. 26 é emblemática, na medida em que reforça entre entroncamento, bem como revela a determinação científico-jurídica da moral pelo Direito, por meio de suas ferramentas de comunicação, tendo efetividade e segurança jurídica quanto à demonstração dos argumentos utilizados para os conteúdos que reverberam em toda a estrutura de norma jurídica brasileira, a qual se fundamenta nos preceitos de liberdade e de igualdade.

3.7 A diferenciação entre argumentação moral e ativismo judicial numa decisão judiciária (e na ADO nº. 26)

Em meio à presente exploração acerca da argumentação moral do STF no contexto do julgamento da ADO nº. 26, deve-se apresentar ainda sua dualidade com o próprio ativismo judicial – embora haja uma linha tênue entre essas duas concepções, esta será mais bem delineada a seguir.

A argumentação moral e o ativismo judicial não têm o mesmo significado ou expressão numa decisão judicial, nada obstante, às vezes, possa haver uma sobreposição entre estas acepções. Cabe, então, diferenciá-las por definitivo.

A argumentação moral, na Ciência Jurídica, envolve a consideração de questões éticas e valorativas para fundamentar uma decisão judicial. Com isso, o julgador pode basear seu raciocínio em noções de certo e errado, justiça e equidade, bom e mau, além de aplicar e interpretar os valores fundamentais da sociedade, desde que tais ideias estejam normatizadas, ou seja, que a linguagem jurídica tenha se apropriado desse conteúdo em formato de normas jurídicas, vez que a moral e o Direito, apesar de próximos, não são idênticos, conforme análise no capítulo inaugural deste trabalho.

Portanto, deve-se destacar que a argumentação moral, por si só, não enseja em ativismo judicial. A argumentação moral faz parte do processo judicial, pois igualmente está inserida no cenário de interpretação normativa no Estado Democrático de Direito, de modo que pode ser usada para interpretar e aplicar a norma jurídica de maneira consistente com os valores da coletividade, especialmente com àqueles constitucionalmente reconhecidos, consoante desenvolvimento do item 1.2 e 1.3 desta pesquisa.

Por outro lado, o ativismo judicial refere-se a uma abordagem em que os juízes se conduzem para além da interpretação da lei existente, em sua aplicação aos casos concretos. O ativismo judicial se relaciona com uma maior disposição e atuação dos juízes em moldar a lei e tomar decisões com base em sua própria visão de justiça ou política, ainda que isso signifique ultrapassar ou ir de encontro com a norma jurídica, com a finalidade de promover alguma progressão social ou alteração estrutural na interpretação legislativa. Assim, o ativismo judicial pode ser exibido quando um julgador busca impor suas próprias crenças pessoais como resultado em uma demanda ou promover uma mudança significativa na sociedade por meio da prestação da tutela jurisdicional (Streck, 1999), decidindo com base em sua própria consciência e não necessariamente na lei e/ou nas provas produzidas no processo em análise.

Nesse diapasão, para diferenciar a argumentação moral do ativismo judicial, é importante levar em consideração alguns aspectos. O primeiro aspecto diz respeito aos limites interpretativos do julgador, vez que um juiz que se baseia na argumentação moral de maneira estrita buscará interpretar a norma jurídica de acordo com os valores e princípios morais, mas dentro das restrições estabelecidas pela legislação e Constituição existentes. Já o ativismo judicial pode envolver uma interpretação mais ampla e expansiva da lei, transgredindo as limitações estabelecidas pelo legislador, ocasião em que o julgador poderá se utilizar da argumentação

moral como subterfúgio para distorcer ou ampliar o sentido normativo e não como razão jurídica fundante.

Por isso, é relevante ressaltar que a argumentação moral e o ativismo judicial não são sinônimos. Outro aspecto a ser considerado é quanto à eficácia da decisão, ou seja, a argumentação moral pode resultar em decisões que são reconhecidas como justas normativamente e socialmente aceitáveis, mas que não necessariamente implicam em alterações relevantes no sistema legal ou no meio social, ainda que possam ter essa suscetibilidade de maneira eventual e não finalística. Por outro lado, o ativismo judicial frequentemente visa a mudanças legais e sociais mais amplas e impactantes.

Por fim, deve-se compreender que a argumentação moral pode ser usada para justificar/motivar decisões judiciais, desde que seja coerente com a Constituição, a lei e com os precedentes judiciais estabelecidos. Enquanto o ativismo judicial tende a ser mais propenso a ignorar ou contornar os parâmetros normativos e jurisprudenciais, podendo ainda ser influenciado por preferências políticas e/ou ideológicas do julgador ou de pessoas próximas a si, sendo este um aspecto ligado à (in)adequação com o sistema jurídico adotado.

Ressalva-se que a distinção entre argumentação moral e ativismo judicial nem sempre é clara e objetiva num caso concreto. Os limites entre esses conceitos podem variar de acordo com a perspectiva e o contexto. Além disso, diferentes juristas e estudiosos podem ter visões divergentes sobre o que constitui argumentação moral ou ativismo judicial em uma determinada situação. Contudo, neste trabalho, visualizam-se as particularidades ora traçadas como essenciais nesta diferenciação, sobretudo, quando se menciona a ADO nº. 26, na medida em que se tende a confundir a interpretação normativa de argumentos morais com uma dita atuação ativista.

Desta feita, no julgamento da ADO nº. 26, reputa-se que a motivação judicial foi edificada com base em conteúdos morais constitucionalmente previstos, na medida em que os ministros se utilizaram de fundamentação legal e constitucional, ou seja, alicerçaram seus votos em princípios éticos conectados à dignidade da pessoa humana e de igualdade/liberdade, buscando proteger minorias e evitar práticas discriminatórias, conforme Banco de Informações desta tese e exploração qualitativa neste capítulo.

De outro lado, o ativismo judicial estaria presente se os ministros, em seus votos, fossem além da interpretação da Constituição e do ordenamento jurídico vigente, injustificadamente, criando uma norma nova ou legislação que não estivesse diretamente embasada nos textos

constitucionais. Na ADO nº. 26, compreendeu-se que o STF preencheu uma lacuna parlamentar, mediante autorização constitucional, ao estabelecer a equiparação da homofobia e da transfobia ao racismo (em sentido estrito) por meio do conceito ontológico/social da expressão que abarca uma situação de inferiorização de um grupo (minoridade) por outro dominante, ao ser aplicada interpretação conforme à Constituição (Vecchiatti, 2002).

Tem-se que a argumentação moral, mesmo embasada em valores éticos, deve obediência à separação de poderes e o papel do Legislativo na criação de novas leis. No caso da ADO nº. 26, os ministros apontaram uma omissão do Congresso Nacional em legislar sobre o tema e realizaram a aplicação do efeito concretista geral na ADO em tela, mas por meio de uma delimitação de significado por equiparação da concepção de homofobia e de transfobia, sem substituir o legislador, na medida em que a noção de racismo engloba essas formas de preconceito.

Igualmente por essa razão e porque as razões expostas na ADO nº. 26 estão coerentes com os precedentes da própria Corte constitucional, considera-se que não houve atuação ativista do STF na ADO nº. 26, mas sim utilização de argumentação moral conforme à Constituição Federal e o próprio Estado Democrático de Direito. Apesar disso, é forçoso reconhecer as críticas quanto à suposta ausência de omissão do Congresso Nacional combinada com substituição do parlamento pelo STF, embora se discorde, tendo em vista as razões expostas nos itens 2.5 e 2.6 da tese.

Na ADO nº. 26, a decisão do STF pode ser interpretada como uma expressão de fundamentação moral reconhecida constitucionalmente, visto que os ministros se alicerçaram na eticidade e nos princípios-norma de igualdade/liberdade para justificar a proteção dos direitos da população LGBTI, sem distorcer ou se afastar dos preceitos normativos, ao terem identificado uma inércia do Congresso Nacional em legislar sobre o tema. O preenchimento dessa lacuna contou com técnica jurídico-interpretativa para explorar a concepção de racismo por equiparação, algo não vedado pela legislação penal/constitucional.

Registra-se que a linha que separa a argumentação moral do ativismo judicial em uma decisão judiciária pode ser tênue e sujeita a interpretações variadas, pressupondo uma análise específica e detalhada, sem generalizações, razão pela qual a ADO nº. 26 se reitera como parâmetro desta tese de modo a sustentar concretamente como objeto de desenvolvimento dos conteúdos morais normativos ligados especialmente ao Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, considerando as peculiaridades da ADO nº. 26, mormente em razão dos temas discutidos e da própria natureza desta ação, deve-se ainda destacar seu impacto e irradiação sobre a sociedade e à prestação jurisdicional como um todo, na medida em que estabelece um novo parâmetro de entendimento quanto a uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Esta demanda constitucional irradia efeitos, pelo menos, de três maneiras diferentes: na sociedade, em outras decisões do Poder Judiciário e na política interna. Primeiramente, no corpo social, sua repercussão será no sentido de remodelar uma consciência coletiva, ao realizar uma aproximação entre moral e Direito numa ótica progressista e necessária ao atual contexto da dimensão pessoal do Estado brasileiro, no que concerne aos princípios da liberdade e da igualdade, sobretudo, em observância a defesa e a proteção dos direitos fundamentais e humanos. Por ser uma ação com efeitos gerais e para todos, a proclamação de seu resultado impõe imediata obediência e, portando, adequação de comportamentos.

Em outras decisões judiciais, os efeitos são igualmente visíveis, na medida em que os julgadores terão de incorporar essa redefinição de liberdade e de igualdade, independentemente de questões e convicções pessoais, instituindo um dever de tolerância de acordo com a nova interpretação constitucional. A criminalização das condutas de homofobia e de transfobia instituiu-se não apenas como uma leitura atualizada do crime de racismo, mas como uma sofisticação do combate a todas as formas de preconceito de maneira efetiva, inclusive, em âmbito penal, não se desviando o Poder Judiciário dessa responsabilidade, mediante critérios abalizados constitucionalmente.

Nada obstante as conclusões expostas no item 3.6, tem-se que a construção desse recente raciocínio judicial está sendo implementado paulatinamente, sendo visualizada de acordo com a alteração cultural a esse respeito, algo que não ocorre de maneira imediata.

Esse julgado também tem efeitos no setor político interno, principalmente, diante de uma configuração cada vez mais conservadora do Congresso Nacional. Entretanto, ainda que esse embate não esteja totalmente dissolvido (Judiciário vs. Legislativo), acredita-se que a retórica quanto à não criminalização das condutas de homofobia e de transfobia continuará sendo utilizada como discurso eleitoral de alguns parlamentares para fomentar suas respectivas bases que se sentem representadas, assim como fizeram e o fazem com o casamento entre pessoas do mesmo sexo; de outro lado, isso não modificará o resultado da ADO nº. 26, a qual é uma ferramenta constitucional de integralização da omissão parlamentar já demonstrada.

De modo geral, as razões expostas no julgamento da ADO nº. 26, ao estabelecerem um efeito concretista geral, inauguram um posicionamento de aprimoramento dos valores sociais brasileiros, os quais se reconfiguram consoante a moral reconhecida constitucionalmente, isto é, nos moldes da liberdade e da igualmente preexistentes, mas que precisavam de uma nova e aprimorada perspectiva ante às próprias mudanças no cenário de convivência do povo brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em arremate a toda a investigação realizada, há que se destacar, em síntese, nove ilações essenciais para o que se intenta transmitir ao espaço acadêmico de discussão da Ciência Jurídica como um todo, mas especialmente em relação às propostas teóricas levantadas nesta tese, a serem enfatizadas e sintetizadas adiante:

Primeira, com a análise aprofundada e sistematizada da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, demonstrou-se a transcendência da temática e da própria demanda sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista as peculiaridades da realidade nacional e das próprias previsões da Constituição Federal de 1988, além da busca por sua efetivação. Esse caso é emblemático ao passo que consolida compreensões técnicas sobre os direitos de liberdade e de igualdade com pretensão de irradiação em todas as esferas normativas. Apesar das críticas, o Supremo Tribunal Federal reafirma-se como uma Corte constitucional concretizadora de direitos fundamentais, ao instituir um posicionamento progressista, a despeito da omissão parlamentar.

E, com essa análise empírica, pôde-se revisitar concretamente a relação entre moral e Direito. Os argumentos morais vislumbrados em referida ação têm natureza de normas-princípios contidas nos direitos fundamentais, não sendo conteúdos casuísticos, mas extraíveis da interpretação das normas constitucionais, sendo uma moral positiva, portanto. Isso, igualmente, ante sua regência pelo Estado Democrático de Direito, que está em constante desenvolvimento e aprimoramento.

Segunda, das premissas teóricas e pragmáticas estabelecidas neste estudo, verifica-se que a intersecção entre moral e Direito recebe frequentemente novos contornos a partir da linguagem judicial, a qual se delinea por meio da interpretação constitucional, mas também pela evolução do meio social e dos direitos fundamentais. Nada obstante as opiniões contrárias à deliberação do STF, percebeu-se, especialmente no capítulo segundo desta tese, que as questões relativas à competência deste tribunal em criminalizar as condutas de homofobia e de transfobia demonstram-se como apenas um dos aspectos envolvidos à toda problemática da inércia legislativa.

Verificou-se, por meio de levantamento de projetos leis e de todo o movimento congressista nesse tocante, que essa omissão era reflexo igualmente da densa carga moral que está inserida nessa matéria, resultando numa postergação insistente quanto à regulamentação desses delitos.

Terceira, a construção teórica edificada pelo STF na ADO nº. 26 apresenta-se no sentido de reforçar a proteção de valores já positivados pela Constituição Federal de 1988, mas que careciam de efetivação, de modo que uma releitura dos direitos de liberdade e de igualdade para os desafios enfrentados pela comunidade LGBTI era essencial, sobretudo, ao considerar a dinamicidade da realidade contemporânea. A criminalização de delitos por meio de uma decisão judicial e não pelo processo legislativo gerou adversidades no meio político e jurídico-intelectual, todavia, deve-se ressaltar a própria fundamentação decisória do STF em relação à adequação semântica quanto à expressão “racismo”, a qual pode ser equiparada a outras formas de discriminação e de preconceito, havendo razões históricas e evolutivas para tanto inclusas, tal como a homofobia e a transfobia.

Quarta, nota-se que os conceitos morais estão enraizados na comunicação jurídico-normativa, de modo que a Ciência Jurídica lida com questões valorativas, segundo seu positivismo contemporâneo, no sentido de transmitir seus preceitos de maneira segura e institucionalizada dentro de um Estado Democrático de Direito. Essa moral pressupõe justamente os dois alicerces desse Estado: a liberdade e a igualdade, mediante a aplicação da técnica jurídica ao construir a chamada moral constitucional.

Quinta, a moral delineada judicialmente pelo STF tem diversos desdobramentos dentro dessa concepção democrática, quais sejam: liberdade de ser, liberdade de se identificar, liberdade de se relacionar, igualdade-tolerância, igualdade-abstenção e igualdade como sinônimo do dever de não-discriminação. Nessa perspectiva, todos os indivíduos devem ser livres para: ser quem quiserem ser, identificando-se com a orientação ou identidade de gênero que assim se sentirem confortáveis, bem como relacionando-se com qualquer pessoa que seja, sem interferência dos demais. Além disso, têm todos o dever de tolerar as escolhas e condições alheias, abstenendo-se de negar sua existência, devendo não agir de maneira discriminatória contra ninguém.

Com efeito, essas significações representam as bases do regime democrático numa faceta da moral constitucional, segundo preceitos normativos, ao se observar especialmente as relações interpessoais.

Sexta, reputam-se ao STF algumas violações ao texto constitucional, em razão desse julgamento, a saber: à separação dos poderes, à reserva legal, à limitação dos efeitos de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão pela suposta não autorização da Constituição

Federal de 1988 e, ainda, acusam o tribunal de subversão do fenômeno da mutação constitucional.

Por outro lado, tem-se que o STF agiu segundo o comando e permissivo normativo para atuação numa demanda de tal natureza, não violando a separação dos poderes, além da existência de uma vertente concretista geral para uma ADO, que se destina ao preenchimento direto de lacuna legal pelo tribunal constitucional. Ainda assim, essas questões não retiram a profundidade dos conteúdos morais discutidos em tela, sendo estes os objetos específicos desta tese. Todavia, essa demanda elucidou pragmaticamente quanto à necessidade de ressignificação dos efeitos de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão.

Quanto à reserva legal e à mutação constitucional, debruçou-se sobre o pensamento de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti quanto à inexistência dessa transgressão, porque, em referido caso, houve uma equiparação hermenêutica, por meio da interpretação conforme à Constituição, do delito de racismo com as condutas de homofobia e de transfobia.

Sétima, a instituição desse raciocínio numa ação constitucional exhibe-se como fundamental para moldar comportamentos, sendo essa uma das finalidades da própria Ciência Jurídica. A partir do julgamento da ADO nº. 26, a “sociedade” vê-se constrangida a repensar seu tratamento violento com a população LGBTI, ao se edificar uma consciência coletiva aprimorada sobre esse valor constitucional, que não é novo, porém teve de ser explicitado e sistematizado num processo judicial que é o próprio marco da criminalização da homofobia e da transfobia. O óbvio normativo, às vezes, também precisa ser dito, reavaliado, estudado e sistematizado.

Oitava, ainda que não se tenha inferido expressivas repercussões diretas da ADO nº. 26 sobre as decisões dos Tribunais de Justiça brasileiros, até a finalização dessa tese, conforme explicitado no item “3.6”; o posicionamento do STF converge com o Estado Democrático de Direito brasileiro, que é tão recente e está sendo construído aos poucos segundo o reconhecimento de sua própria população. As minorias nacionais encontram-se em constante estado de identificação e de luta, de modo que a releitura sobre valores e conteúdos morais originalmente abarcados pela Constituição Federal de 1988 reconfigura o entendimento geral sobre as liberdades individuais e a respectiva concepção de igualdade.

Nona, da ADO nº. 26, depreende-se uma análise imersiva e sensível às peculiaridades da comunidade LGBTI no Brasil, desde a gênese de sua segregação e violência até à necessidade de implementação dos Direitos Humanos de maneira específica, sendo isso atrelado também à

concepção histórica do racismo. Deve-se lembrar que esse fator de discriminação está diretamente ligado ao contexto brasileiro, de uma sociedade reconhecidamente como machista, misógina e elitista, que intenta inviabilizar as minorias sociais, ainda que isso esteja mudando.

Por isso, esses elementos de estudo transcendem a própria demanda constitucional, podendo impactar em todo o ordenamento jurídico nacional, reformulando acepções e estimulando investigações como estas, além de ensinar aos estudantes, fomentar seu interesse por esses temas e direcionar melhor os profissionais da área quanto aos direitos de liberdade e de igualdade, os quais podem se manifestar em questões ligadas à orientação sexual, à identidade de gênero, à etnia, ao colorismo, à classe social, dentro outras condições que podem ser consideradas como fatores de discriminação social.

Todavia, para além da comunidade científico-jurídica, a ADO n.º. 26 é símbolo de exigência de transformação comportamental para todos os cidadãos, sendo um caso paradigmático para redefinição e especificação dos significados de liberdade e da igualdade no contexto democrático, bem como para uma nova compreensão dos efeitos de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Consequentemente, este estudo reforça-se como relevante, na medida em que a ADO n.º. 26 ainda é pouco explorada e sua discussão, geralmente, cinge-se aos limites de atuação do STF, não havendo uma atenção ao seu conteúdo e aos diversos significados que foram possíveis ser extraídos nesta tese.

Ao se condensar todos os pontos elencados acima, estabelece-se que essa moral constitucional que abrange os conceitos pragmáticos e materiais de liberdade e de igualdade manifesta-se como um vetor de interpretação e concretização das normas constitucionais, sejam elas implícitas ou explícitas. Estende-se, assim, seus efeitos para o meio social, suas práticas, bem como para o exercício dos direitos de personalidade, conforme a linguagem do Direito. Ademais, o Estado Democrático de Direito alicerça a moral jurídica ora constituída no sentido de proporcionar aos jurisdicionados sua plena dignidade para ser e se reconhecer como se almeja, por um comando constitucional.

Assim, na ADO n.º. 26 foi possível edificar essa moral de maneira argumentativa, segundo a realidade brasileira, forçando-se uma necessária revisitação ao conteúdo dos princípios normativos que concebem os valores sociais, pelo Método de Análise de Decisões, reiterando-se que a moral não seria fluída ou indefinível, mas determinável pelos pressupostos jurídicos

analisados, numa visão humanística do Direito que se associa à moral para esse objetivo. O julgamento em comento enrijeceu a relação entre moral e Direito, demonstrando que essa intersecção pode ser reformulada, em razão do desenvolvimento da sociedade, considerando que esta estimula a produção normativa.

Em atenção ao percurso teórico-exploratório ora apresentado, reputam-se os objetivos gerais e específicos desta pesquisa como alcançados, tendo em vista que restou possível realizar: a observância e a aferição sobre o entendimento do modo pelo qual a moral pode ser compreendida e tratada no âmbito da Ciência Jurídica (especialmente, no capítulo primeiro); a forma que esse vínculo é apresentado e trabalhando em sede de fundamentação judicial pelo STF, na ADO nº. 26, mediante a interpretação concedida pelo tribunal no que se refere ao conteúdo moral extraído de determinada demanda constitucional, segundo a linguagem dos princípios-norma (desde o capítulo primeiro ao final, mas, principalmente, no último capítulo).

Além disso, especificamente, cumpriu-se as promessas relativas à: exposição das premissas teóricas quanto à associação entre moral e Direito, com o esclarecimento sobre a problemática da integração entre axiologia e deontologia em sede de aplicação e interpretação normativa, a partir do reconhecimento da cisão da norma jurídica em espécies (capítulo primeiro). Apresentou-se as dificuldades na relação entre Poder Legislativo e Judiciário na abordagem da criminalização da homofobia e da transfobia e a repercussão direta disso no regime democrático (capítulo segundo).

Como outro objetivo alcançado também no capítulo segundo, tem-se a demonstração quanto à inércia parlamentar até a deliberação meritória na ADO nº. 26, com a exploração de dados e informações quanto aos projetos de lei e normas em geral quanto ao tema, comprovando-se que a natureza moral do assunto possui direta conexão com a omissão legislativa. Ademais, empiricamente, pôde-se verificar o posicionamento do STF sobre as questões morais e valorativas em referida ação e sua repercussão teórica, consoante alcançado no capítulo final.

Investigou-se os resultados práticos da interpretação esboçada na ADO nº. 26 no capítulo terceiro, ao se instituir parâmetros e critérios argumentativos em um Banco de Informações anexo à tese, com a avaliação da movimentação do processo e, sobretudo, das decisões e votos proferidos na ação em tela. Nos capítulos segundo e terceiro, pode-se discutir eventuais mudanças paradigmáticas quanto ao tema, mormente quando da exploração dos efeitos

backlash e contramajoritário entre Poder Legislativo e Judiciário, na perspectiva também de contribuir diretamente com a teoria geral do Direito a partir de aspectos teóricos e práticos.

Em resposta ao questionamento central exposto no introito desta pesquisa¹²¹, sinteticamente, tem-se que a moral é determinada pela Ciência Jurídica por meio de sua prática argumentativa, isto é, a partir de sua aplicação e construção em sede de decisão/deliberação judicial. Desta feita, o STF teve papel significativo ao objetivar o conteúdo da liberdade e da igualdade como substratos da moral constitucional no julgamento da ADO nº. 26; isso, com base outrossim no Estado Democrático de Direito, com potencial de repercutir diretamente em outras matérias conexas¹²².

Por isso, essa demanda constitucional revela-se como paradigmática e emblemática para a compreensão de que esses conteúdos devem irradiar sobre todo ordenamento jurídico brasileiro, bem como porque promove uma reconfiguração do entroncamento entre moral e Ciência Jurídica, fomentando mais estudos sobre essa moral constitucional, a qual exige uma transformação de pensamento e atitude dos indivíduos. Aprofunda, ainda, o conhecimento sobre a extensão dos princípios da liberdade e da igualdade na realidade nacional, para além de aplicar os efeitos da ADO de uma maneira inédita (concretista geral), mediante a averiguação de uma omissão legislativa insistente, injustificada e inconstitucional.

Da mesma forma, referida demanda se exhibe como essencial à realidade brasileira, na medida em que, como visto ao final do capítulo segundo desta tese, a proteção normativa até então existente às pessoas LGBTI era insuficiente, tendo em vista que não se considerava a prática de crimes de violência – de qualquer natureza – em razão de aspectos discriminatórios por orientação sexual e/ou identidade de gênero.

Veja-se, portanto, que a tese não está apenas no capítulo derradeiro, mas em todo este trabalho, desde o estabelecimento das premissas iniciais no capítulo primeiro quanto à relação

¹²¹ “De que forma a moral é objetivada pela linguagem da Ciência Jurídica e como o Supremo Tribunal Federal exerce seu papel de intérprete das normas constitucionais com conteúdo moral no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26, que criminalizou a homofobia e a transfobia? E de que forma, ainda, esse julgamento pode ser instituído como parâmetro para a compreensão sobre a relação entre moral e Direito pelo STF?”.

¹²² A exemplo disso, tem-se que o STF brevemente poderá estar diante do julgamento de outra demanda que envolve costumes e liberdades, isto é, a descriminalização do uso da maconha (RE 635.659). Assim, o tribunal deverá se manifestar sobre mais um eventual direito individual, consoante as normas constitucionais, em confronto com pautas morais, as quais são cultivadas pela sociedade brasileira, sendo fomentadoras de muitos debates. Com efeito, é possível que o STF venha implementar novamente uma argumentação que abarcará a extensão ou restrição de uma prerrogativa fundamental.

entre moral e Direito e sua determinação por este – já com a análise de repercussões na ADO nº. 26 –, de modo a problematizar todas as questões e hipóteses levantadas na introdução e, em seguida, ao apresentar respostas e associações intelectuais e empíricas em cada item de maneira específica e individualizada. Dessa maneira, pode-se satisfazer os objetivos instituídos, conforme detalhado acima, mas sem que houvesse um extenso retorno teórico aos conceitos básicos e já sedimentados que norteiam essa tese, na medida em que a complexação dos temas alinhados à ADO nº. 26 foi o principal foco desta pesquisa.

Nesse diapasão, essa releitura e revisitação entre moral e Direito reforçou a ideia de que os valores juridicamente considerados se encontram inseridos nos princípios-normativos em meio a um ambiente de debate e de argumentação (fundamentação decisória), enaltecendo-se que a liberdade e a igualdade são servientes de parâmetro para a moral constitucional num Estado Democrático de Direito. Em razão disso, no último tópico da tese, reforçou-se a diferenciação entre ativismo judicial e a argumentação moral em decisões judiciais, na medida em que esta última deve se basear nos preceitos legais e constitucionais, ao se gerar a moral constitucional, não pressupondo um comportamento disruptivo em termos normativos ou deliberativos.

As hipóteses de trabalho foram, ainda, confirmadas, na medida em que, no capítulo primeiro e, sobretudo no segundo, verificou-se que os julgamentos e as deliberações do STF envolvem uma avaliação moral e valorativa, tendo em vista a natureza das normas a serem interpretadas por um tribunal constitucional, no contexto brasileiro. Com efeito, confirmou-se que a Ciência Jurídica determina uma moral na linguagem dos princípios-norma, mediante sua aplicabilidade na fundamentação decisória. A moral, no Direito, pode ser moldada em sua dogmática jurídica, portanto.

Outra hipótese verificada, segundo críticas de juristas, foi de que os votos dos ministros não necessariamente se manifestam de maneira uníssona, contudo, na ADO nº. 26 percebeu-se um alinhamento de fundamentos, conceitos e princípios aplicados, dada a contextualização do tema. Apesar de entendimentos doutrinários diferentes quanto a esse aspecto e à colegialidade do STF¹²³, tem-se que referida Corte manteve certa uniformidade no julgamento da ADO nº. 26,

¹²³ Inclusive, o STF é visto como uma terceira via da própria sociedade, sendo protetor da Constituição Federal e do pacto democrático, porém, algumas características dos cargos dos ministros – a exemplo da vitaliciedade – trazem um aspecto individualizado e pessoalizado para a atividade do órgão jurisdicional colegiado. Cita-se, por exemplo, o fato de o ex-ministro Celso de Mello delinear seus votos com trechos em negrito e sublinhados para direcionar certa cadência e ênfase de voz durante sua exposição em plenário, como uma espécie de sinal de autoafirmação quanto aos fundamentos (Recondo; Weber, 2019).

embora isso não seja necessariamente constatado em outras demandas quanto a sua metodologia decisória e argumentativa. Admite-se que não se pode apurar efetivamente uma análise subjetiva do tribunal nesta demanda em específico, de modo que essa deliberação apresentou uma robustez e contundência nos votos estudados isolada e conjuntamente, de acordo com a investigação traçada no capítulo terceiro e no Banco de Informações anexo à tese. Notou-se um raciocínio consistente, ainda que diante de poucas divergências argumentativas. Assim, apesar dos votos isolados, estes convergem em vários pontos quando a averiguação do inteiro teor do acórdão da ADO nº. 26.

Ainda que o *design* institucional do STF aponte certo isolamento e afastamento dos ministros quanto aos posicionamentos proferidos de maneira geral; na ADO nº. 26, esteve-se diante de votos bastante complementares entre si e, igualmente, congruentes¹²⁴. Entretanto, deve-se reconhecer os estudos existentes quanto à realização de deliberações dissonantes quanto à colegialidade do próprio tribunal, bem como quanto à aplicabilidade de princípios-normativos de maneira discrepante dentro da Corte constitucional. Da mesma forma, deve-se reconhecer as dificuldades em se estabelecer um modelo único e totalmente seguro de fundamentação decisória para os tribunais, tendo em vista a dinâmica normativa e social.

Em prosseguimento, desenvolveu-se, a hipótese de que as deliberações colegiadas seriam o ambiente adequado para a concretização dos princípios-normativos e, portanto, da associação entre moral e Direito. Com isso, numa apuração pragmática, denotou-se os entendimentos do STF quanto aos princípios-base da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito (igualdade e liberdade) no contexto da ADO nº. 26, como ação de natureza constitucional (controle abstrato), com efeitos gerais, tendo como alicerce o Banco de Informações anexado à pesquisa.

A decisão que criminalizou as condutas de homofobia e de transfobia revelou-se, portanto, como uma norma jurídica elaborada processualmente, vez que uma norma jurídica é extraível não apenas de dispositivos legais, mas também de precedentes judiciais e da própria jurisprudência – para além de outras fontes. Isso é relevante para se definir a influência que a

¹²⁴ Para além dos fatores analisados no capítulo terceiro da tese, tem-se como outro exemplo disso o fato de que muitos dos ministros utilizaram como parte de sua fundamentação os Princípios de Yogyakarta, que dizem respeito a uma espécie de norma externa que trata de direitos humanos no âmbito da defesa da orientação sexual e de identidade de gênero (ministros Celso de Mello – Anexo, II, Tabela I, código “C1”, Luiz Edson Fachin – Anexo II, Tabela II, código “D1”, Alexandre de Moraes – Anexo II, Tabela III, código “E1” e Ricardo Lewandowski, Anexo II, Tabela VIII, código “K1” – dados do Banco de Informações desta tese).

Ciência Jurídica também recebe de preceitos originalmente morais/valorativos, mas que contam com a comunicação jurídica para tornar-se científica.

Em arremate às hipóteses propostas e averiguadas, tem-se que foram alcançadas as seguintes conclusões com base nos estudos levantados: a própria Constituição Federal de 1988 é uma ordem jurídica moral, para além de jurídico-política, de modo que impõe uma moral própria com revestimento normativo, a partir de uma objetivação concreta em meio a uma fundamentação decisória. No caso da ADO nº. 26, o STF exibiu-se como interlocutor dessa atividade, na medida que é o guardião da Constituição, ao passo que realiza juízos jurídicos-morais a partir da interpretação constitucional e de seus respectivos princípios.

Nessa perspectiva, desde as ilações preliminarmente suscitadas e das confirmações ora destacadas, cumpre executar uma reflexão pessoal e até mesmo extrajurídica, em certa medida. A comunidade LGBTI faz parte do povo e deve ser tratada como tal, sem segregações ou discriminações, não se deve admitir uma proteção ineficaz, especialmente quando se tem o conhecimento e os dados que comprovam a necessidade de medidas mais específicas. Por isso, a ADO nº. 26 buscou e conseguiu com que a igualdade e a liberdade materiais fossem observadas, a partir de uma aplicação inédita desse tipo de ação constitucional. Outra consequência foi sua reverberação nas bases democráticas e constitucionais que devem igualmente impactar à sociedade, de modo a remodelar sua conduta com base nesse resultado, construído a moral constitucional.

Em sede de uma decisão progressista, o acórdão da ADO nº. 26 foi capaz de demonstrar que a criminalização da homofobia e da transfobia foi a conclusão judicial diante de uma omissão parlamentar edificada ao longo de anos. Viveu-se, até pouco tempo (2020)¹²⁵, a situação de homossexuais não poderem doar sangue com base em premissas originalmente preconceituosas, razão pela qual esse cenário de marginalização dessa comunidade também era fruto da violência verbal, física e psicológica que essas pessoas sofriam e ainda sofrem. O dever de não-discriminação é um comportamento a ser fomentado mais por meio das penalizações da homofobia e da transfobia, imbuindo nos indivíduos uma consciência mais tolerante e pacífica.

¹²⁵ Disponível em: .<https://www.migalhas.com.br/quentes/326471/stf-conclui-julgamento-e-libera-doacao-de-sangue-por-homossexuais?U=6153D095_191&utm_source=informativo&utm_medium=1166&utm_campaign=1166>. Acesso em 18 de jan. 2023.

Como não poderia deixar de ser, esta pesquisa debruçou-se sobre temas árdios e complexos, sobretudo, ao se estabelecer seu pressuposto investigativo na relação entre moral e Direito. Frisa-se que o Brasil apresenta uma realidade específica quanto à regulamentação e consagração de direitos em prol da comunidade LGBTI, havendo uma dissonância insistente entre a produção normativa e a dinâmica de lutas sociais; isso porque, neste país, historicamente, vive-se num ambiente em que se prima mais pelo individualismo do que pelo coletivismo e, ainda, em que o próprio regime democrático ainda em desenvolvimento, tanto pelo progresso como pelo retrocesso, simultaneamente, o que lhe causa atrasos no reconhecimento de direitos fundamentais. Essa dinâmica social, política e jurídica torna essa problemática bastante particularizada, razão pela qual essa investigação tem uma aplicação restrita e limitada, mas também real e viável.

Cumprido elucidar que, anteriormente, em sede de Dissertação de Mestrado, a autora desta tese, pesquisou sobre a relação entre Ciências cognitivas e a Ciência Jurídica em sede de fundamentação decisória (Pinho, 2018). Naquela oportunidade, resumidamente, concluiu-se pela não possibilidade de controle quanto à influência do inconsciente no que se refere ao convencimento motivado do julgador, embora se houvesse demonstrado um significativo ganho hermenêutico ao se atrelar e aproximar o estudo desses dois campos de conhecimento, dentre outros detalhamentos. Com efeito, buscou-se preencher conceitos e institutos jurídicos um tanto quanto vagos por meio da linguagem das Ciências cognitivas, para obter maior segurança e concretização, na busca por uma adequada fundamentação decisória.

A partir disso, compreendeu-se que, nada obstante o indivíduo possa ser sugestionado a decidir por questões alheias e/ou anteriores à demanda sob sua análise, é somente na fundamentação das decisões judiciais – e não na decisão em si mesma – que se acessam meios de controle, revisão e discussão da atividade jurisdicional. Em seguida à Dissertação, portanto, almejou-se executar um trabalho em que, de fato, fosse factível compreender o que ocorre externa e empiricamente quando da prolação de uma decisão judicial, ao recair essa averiguação sobre sua fundamentação, incluindo o pano de fundo essencial quanto à cientificidade da moral em meio ao Direito.

Desta feita, a realização deste trabalho motivou-se pelo desejo em se construir uma obra genuinamente científica, com uma abordagem inédita acerca dos temas ora tratados, que pudesse

ser utilizada como fonte de pesquisa sobre elementos que fossem além das questões subjacentes à mente dos julgadores.

Apesar de o acórdão da ADO nº. 26 ter sido publicado e não se vislumbrar eventuais modificações, essa hipótese não pode ser tida como categórica, na medida em que, até a finalização desta tese, o processo estava concluso ao novo Ministro Relator, Nunes Marques, para julgamento de Embargos de Declaração interpostos pela Advocacia Geral da União e pela Frente Parlamentar “Mista” da Família e Apoio à Vida, *amicus curiae* (Banco de Informações, Anexo I, código “B26”).

Em síntese, as reinvidicações intentam demonstrar falhas na fundamentação do acórdão do STF, indicando supostas contradições e omissões, especialmente para pedir esclarecimentos sobre suposta violação à separação de poderes, sobre o exercício de direito fundamental à liberdade religiosa, acadêmica e científica em contraposição aos crimes de homofobia e de transfobia reconhecidos pelo STF e sobre a necessidade de esclarecer sobre direito de segregar pessoas LGTBI de espaços públicos, com a finalidade de supostamente preservar a intimidade de demais pessoas.

Não se sabe obviamente sobre o porvir desta ação, embora não se acredite numa mudança de posicionamento e, independentemente da nova relatoria e inferências sobre o posicionamento mais conservador do novo ministro (Prado; Chapola, 2021, *online*), tem-se que eventuais efeitos dessa situação serão objeto de previsões e prognósticos especulativos, os quais se opta por evitar para o momento. Contudo, ao se considerar as razões explicitadas nos Embargos de Declaração da Advocacia Geral da União e pela Frente Parlamentar “Mista” da Família e Apoio à Vida, percebe-se que a pauta de costumes e de uma moral social persistem até mesmo após o julgamento do mérito do processo, numa tentativa de se (re)discutir limites e possibilidades quanto às supostas expressões e comportamentos contrários aos direitos de liberdade e de igualdade de pessoas LGBTI.

Em prosseguimento a essas considerações finais quanto ao conteúdo abordado, deve-se ressaltar que, nesta pesquisa, restou possível a observância e a aferição sobre a conceituação de um tribunal constitucional, bem como sobre sua atividade deliberativa e a virtude da colegialidade, além de ser avaliado o entendimento sobre a condição do STF como guardião da Constituição Federal e dos anseios sociais, em contraposição às próprias contestações de sua legitimidade. Examinou-se como seria a aplicação da teoria de Conrado Hübner Mendes,

segundo os aspectos de deliberação, colegialidade e *design* institucional no ambiente de atuação do STF, especificamente quando do desenvolvimento do acórdão da ADO nº. 26¹²⁶, de modo que se pôde investigar particularidades do cenário brasileiro numa demanda de repercussão ampla e geral. E, claro, pode-se avaliar essa tarefa jurisdicional debruçada sobre conteúdos morais, àqueles nos moldes de princípios-norma – como já bastante referenciado.

Nesse diapasão, mormente ao longo do capítulo final, buscou-se demonstrar que o perfil do STF é distinto de tribunais compreendidos classicamente como Cortes constitucionais, tendo em vista sua atuação em matérias com intersecção político-jurídica, ou seja, age em questões de significativa ressonância para a coletividade, apresentando-se como ator político, por vezes.

Essa apuração relaciona-se diretamente com os estudos e pressupostos levantados nos capítulos primeiro e segundo da tese, na medida em que se extraiu a natureza jurídica, moral e igualmente política das decisões do STF. Além disso, analisou-se as razões efetivas quanto à insistente omissão parlamentar para a regulamentação das condutas de homofobia e de transfobia, tornando a atuação do órgão jurisdicional indispensável, por meio da ADO nº. 26 e sua configuração subjetiva e objetiva à época de seu julgamento, ou seja, numa avaliação quanto aos Ministros (por meio de seus votos) e do próprio tribunal (ao considerar o acórdão em sua integralidade).

Com base no modelo de Conrado Hübner Mendes, um tribunal constitucional ou uma Corte constitucional define-se como um órgão com vários membros não eleitos democraticamente que, ao ser provocado por atores externos, tem a competência de desafiar ou afastar, com base em fundamentos constitucionais, a legislação oriunda do parlamento ou atos do próprio Poder Executivo, com a finalidade de concretizar a proteção da Constituição, por meio de atos de deliberação. No caso da ADO nº. 26, a Corte constitucional brasileira atuou de maneira inédita, ao consagrar a aplicação da teoria concretista geral para uma ação de inconstitucionalidade por omissão, permitindo a atividade direta do tribunal no preenchimento de uma lacuna normativa relativa à criminalização de condutas específicas, ante ao comando constitucional de não discriminação e de punição em face de ações segregacionistas e violadores de liberdades fundamentais (art. 5º, XLII e XLI, CF/88).

¹²⁶ Esses pontos foram explorados a partir da instituição de critérios, marcos temporais e temáticos peculiares, os quais foram avaliados durante a construção da pesquisa e no Banco de Informações anexo à tese.

Nesse sentido, a função de efetivação e materialização dos direitos fundamentais foi cumprida pelo STF, a partir de uma construção teórica profunda e abalizada constitucionalmente.

Ao se estabelecer que a concepção de deliberação¹²⁷ está diretamente conectada aos ditames democráticos de um Estado, reforçam-se os institutos de participação e de inclusão, primando por um ato qualitativo em termos de discussão e confrontação de argumentos, ocasionando um ganho na fundamentação decisória, visualizando-se a ADO n.º 26 como exemplo real de provocação social e interação consequente do STF com temas de teor valorativo, manifestado pela cultura vigente.

Viu-se, ainda, que a colegialidade é compreendida como uma virtude diretamente ligada à atividade de um tribunal, mormente aquele de caráter constitucional, revelando-se como um comprometimento com a colaboração de se construir uma decisão que ultrapasse os limites de um conflito individual para uma repercussão mais ampla, ocasionando a “despersonificação” do tribunal, o qual assume a formatação independente de seus membros, afastando a noção de centralização do poder em um ou poucos ministros. Com isso, a existência de vários membros permite uma discussão mais profunda e aprimorada sobre questões bastante complexas, na medida em que a possibilidade de falha é, em tese, reduzida pelo exame realizado por mais indivíduos.

Na ADO n.º 26, consoante exame do Banco de Informações anexo a esta tese, notou-se uma atuação efetivamente colegiada dos ministros, ao se evidenciar a convergência de entendimentos e fundamentações utilizadas, tanto no que se refere aos princípios aplicados, como também em relação aos raciocínios delineados quanto aos pleitos iniciais. Nesse aspecto, o *design* do STF revelou-se eficiente, analítico e deliberativo quanto à atividade que lhe foi submetida.

A colegialidade perpassa pelo estudo e compreensão da dinâmica do ato de julgamento da Corte, pela interação entre os ministros e observância das fases pré-decisória, decisória e pós-decisória, ou seja, somente é possível alcançar alguma conclusão após a verificação de, pelo menos, um caso concreto, justamente no ambiente em que se exerce o papel deliberativo do tribunal constitucional. Assim, ao se delimitar a ADO n.º 26 como objeto empírico de estudo

¹²⁷ Lembra-se que o ato de deliberação é composto pelos seguintes elementos: decisão tomada coletivamente; sendo considerado ato provisório, com elaboração de fundamentação conjunta entre seus pares; por meio de razões imparciais e com base na lei e na Constituição; permitindo-se que os julgadores possam mudar de opinião, conforme a contraposição de argumentos e debates; tendo como pressuposto a ética e respeito entre os julgadores, além de abranger o comprometimento de inclusão, empatia e do caráter responsivo do ato.

deste trabalho, pode-se verificar essa espécie de virtude decisória do STF, nada obstante os contrapontos apresentados pela doutrina e em outros casos já julgados pelo tribunal em tela, conforme estudos do capítulo terceiro (item 3.3).

Quanto ao *design* institucional do STF, observou-se que este possui uma configuração própria que, segundo os critérios de Conrado Hübner Mendes, define-se como tribunal com especialidade sobre a matéria constitucional; com poucos julgadores; com perfil homogêneo; tendo como modo de ingresso a nomeação pelo Chefe do Executivo; com mandato com prazo vitalício, mas com aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos. Em relação a este ponto, identificou-se uma eventual repercussão direta no julgamento da ADO nº. 26, isto é, especialmente quanto à legitimidade e ao seu papel deliberativo, na medida em que a manutenção desse *design* poderá vir a fragilizar o reconhecimento e a representatividade do tribunal.

Assim, vislumbra-se que, sobretudo quanto ao modo de ingresso e ao tempo de mandato dos ministros, essa formatação pode ter o condão de afetar diretamente seu próprio papel deliberativo, o qual tem um potencial de decair qualitativamente quanto à coletividade, mormente na contraposição e pluralidade de argumentos, podendo-se verificar o afastamento da própria Constituição Federal para a predominância de interesses políticos, com grandes embates pessoais entre os julgadores, em razão de seu longo tempo de permanência no tribunal e sua simbolização como a própria Corte e não como meros representantes ou membros dela. Afere-se, então, um alcance negativo às deliberações da Corte em geral, oportunizando uma margem de ocorrência para fenômenos como o do “*backlash*”.

Entretanto, esse impacto não se observou de maneira nítida e objetiva na ADO nº. 26 e tampouco em relação à prática argumentativa que fora construída, mas sim no que se refere a sua repercussão social e política. Por outro lado, é válido conceber que as deliberações do STF podem vir a apresentar inadequado caráter de resposta aos problemas apresentados (se esse *design* for mantido: quanto ao modo de ingresso e ao tempo de mandato), prejudicando uma resolução congruente com a Constituição Federal e ao espírito democrático, motivo pelo qual se defendeu que a configuração do STF deve levar em consideração as particularidades do próprio contexto no qual se encontra inserido¹²⁸.

¹²⁸ Como no caso da ADO nº. 26 esse *design* institucional do tribunal foi verificado, tem-se que eventuais resultados advindos da decisão proferida pelo STF ainda irão se manifestar, porém, entende-se que essa configuração se exhibe como frágil em termos de concessão de legitimação e aproximação social. Não se defendeu o tribunal deva estar vinculado à aprovação do povo, no entanto, ainda que alicerçado na utilização estrita da técnica jurídica, sua ativação

Portanto, compreendeu-se que um *design* constitucional pertinente à Corte constitucional brasileira seria, quanto à localização institucional, a continuidade de sua especialidade constitucional, mas com a diminuição de temas que não atingem diretamente a Constituição Federal; quanto ao número de julgadores, a manutenção de um número pequeno de julgadores, porém com perfil mais heterogêneo; com modo de ingresso que conte com efetiva participação popular e com mandato com prazo determinado, permitindo uma maior mudança de visão de mundo no tribunal.

Em consequência, as deliberações e respectivas fundamentações do STF, mormente em temas ligados à moral e aos aspectos valorativos dos princípios-norma, a exemplo da própria ADO nº. 26, teriam maior reconhecimento e demonstração de satisfação pelos jurisdicionados.

De tudo ora exposto, enfatiza-se que o caso da criminalização da homofobia e da transfobia é claramente emblemático e paradigmático, na medida em que houve a aplicação inédita da teoria concretista geral numa ação de inconstitucionalidade por omissão, transmutando-se esse tema do ambiente de mera especulação para a prática efetiva, para além da abordagem e revisitação profunda dos direitos de igualdade e de liberdade como base de constituição do Estado Democrático de Direito brasileiro e dos demais direitos fundamentais.

Diante de qualquer comportamento ou manifestação preconceituosa/discriminatória, estas não podem deixar de ser repreendidas pelo ordenamento jurídico nacional, o qual se forma não só por leis e pela Constituição, mas também pelo realismo jurídico e edificação de soluções aos casos concretos (decisões, deliberações e jurisprudência) – isso, independentemente de qualquer questão subjetiva dos julgadores e/ou destinatários das normas.

Nesse diapasão, a ADO nº. 26 foi e é relevante instrumento para essa concretização de prerrogativas e, da mesma forma, para trazer ao centro de discussão jurídica temas relacionados à cultura valorativa e à moral brasileira e, ainda, de sua respectiva dinamização evolutiva.

O dever de não ser violento em falas e em atos com outros indivíduos é tanto imperativo como tem fundamento constitucional, devendo este valor ser cultivado e reforçado por ferramentas estatais extraíveis dos direitos de igualdade e de liberdade – os quais condensam a moral constitucional, mormente em sua contemporaneidade, embora se deva manter a cautela na

pode ser prejudicada pela falha em seu reconhecimento, mormente também porque o STF se debruça sobre temas e pautas originalmente legislativas, como é o caso da ADO nº. 26. Além disso, diante desse tipo de configuração, a prevalência de questões políticas sobre as jurídicas se torna mais constante, considerando os aspectos ligados também ao tempo do mandato e a ausência de heterogeneidade.

constante intervenção do Poder Judiciário em matérias da natureza ora tratada, em atenção também à problemática relativa à performance ativista do STF; frisando-se, porém, a distinção feita entre ativismo e o emprego de argumentos morais na deliberação judicial.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. "Las reglas en serio." *La normatividad del derecho*. Gedisa, 1997.
- AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.
- AGENCE FRANCE-PRESSE – AFP. **Mulheres continuam sob a tutela dos homens na Arábia Saudita**. 2019. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/mulheres-continuam-sob-a-tutela-dos-homens-na-arabia-saudita/>>. Acesso em: 7 jan. 2019.
- AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- AMARAL, Luciana; PAZ, Mayara da. **Comissão da Câmara pode analisar projeto que busca proibir o casamento homoafetivo no Brasil**: projeto de lei original foi apresentado pelo então deputado federal Clodovil hernandes, mas foi modificado por outros legisladores. Projeto de lei original foi apresentado pelo então deputado federal Clodovil Hernandez, mas foi modificado por outros legisladores (CNN). 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/comissao-da-camara-pode-analisar-projeto-que-busca-proibir-o-casamento-homoafetivo-no-brasil/>.. Acesso em: 06 set. 2023.
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. 669 p. (teoria & direito público).
- ARENDT, Hannah. **Crises da República**. Tradução José Volkman. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- ARENZENA, Suélen. A busca por uma decisão judicial constitucionalmente adequada e a necessidade de subjugação da jurisprudência dos valores aviltadora dos (pré)compromissos. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Ufc (Nomos)**, Fortaleza, v. 1, p. 141-176, 2012. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/11988>. Acesso em: 21 maio 2020.

Assembleia Geral da ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. (217 [III] A). Paris.

Assembleia Nacional Constituinte Francesa. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris: [S.I], 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2022.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS, TRANSEXUAIS E INTERSEXUAIS (Geneva): Lucas Ramón Mendos. Relatório “**Homofobia Patrocinada pelo Estado**”. Março, 2019. Disponível em: <https://ilga.org/downloads/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2019.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BAHIA, Grupo Gay da. **Relatório 2017**: população LGBT morta no Brasil. 2017. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. **Relatório 2018**: população LGBT morta no Brasil. 2018. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Em artigo, Barroso defende papel "iluminista" do Supremo**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>. Acesso em: 17 fev. 2022.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 168.

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rum a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. STF, legitimidade e Corte constitucional. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (Revista Nomos)**. v. 28, n. 1, jan./jun., 2008.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

_____. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: Unesp, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRANCO, António Horta. Língua natural. In: BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério;

GOMES, Nelson Gonçalves. **Enciclopédia de Termos Lógico-filosóficos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRASIL. **ADO** **26**. **2013**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. **AP** **470**. **2007**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

_____. **CÂMARA DOS DEPUTADOS. Inteiro teor da PL 4075/2019**. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6E71A3F4AA33F>

0D214CEE5FFFBB7BB2B.proposicoesWebExterno1?codteor=1778670&filename=PL+4075/2019>. Acesso em: 01 de jul. 2020.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 4075/2019**. 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2212100>>. Acesso em: 01 de jul. 2020.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 6583/2013**. 2013. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania**. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6E71A3F4AA33F0D214CEE5FFFBB7BB2B.proposicoesWebExterno1?codteor=1829361&filename=Parecer-CCJC-01-11-2019>. Acesso em: 02 de jul. 2020.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 5167/2009**. 2009. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432967>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

_____. Código Penal, **Decreto-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 26 jan. 2023.

_____. Congresso. Senado. **Petição (SF) nº nº 6, de 2019**, de 27 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135548>. Acesso em: 17 jun. 2020.

_____. **Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2016/decreto-8727-28-abril-2016-782951-publicacaooriginal-150197-pe.html>>. Acesso em 26 jan. 2023.

_____. **HABEAS CORPUS 152.752/PR**. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>>. Acesso em: 13 ago.2019.

_____. SENADO FEDERAL. **Projeto de Decreto Legislativo, nº. 401/2019**. 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137322>>. Acesso em: 02 de jul. 2020.

_____. *Site Jusbrasil*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 01 fev. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, nº. 26, **Voto ministro Celso de Mello**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, nº. 26, **Voto ministro Luís Roberto Barroso**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, nº. 26, **Voto ministro Ricardo Lewandowski**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, nº. 26, **Voto ministro Luiz Edson Fachin**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, nº. 26, **Voto ministro Ricardo Lewandowski**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, nº. 26, **Voto ministro Alexandre de Moraes**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, nº. 26, **Voto ministro Luiz Roberto Barroso**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, nº. 26, **Voto ministra Rosa Weber**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, nº. 26, **Voto ministro Luiz Fux**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, nº. 26, **Voto ministra Cármen Lúcia**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, nº. 26, **Voto ministro Gilmar Mendes**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, nº. 26, **Voto ministro Marco Aurélio**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, nº. 26, **Voto ministro Dias Toffoli**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, nº. 26, **Voto ministra Rosa Weber**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. 2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26. 2013**. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132**. 2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

_____. **Texto-base da Conferência nacional de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais**. 2007. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/LGBT/texto_base_1_lgbt.pdf>. Acesso em 27 nov. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Recurso em Sentido Estrito nº 10024200966109001. Relator: Guilherme de Azeredo Passos. Minas Gerais, 23 de fevereiro de 2022. **Crime de Homofobia Por Equiparação Ao Racismo**. Belo Horizonte, 04 mar. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1401158750>. Acesso em: 01 fev. 2023.

_____. Tribunal Superior do Trabalho – **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, nº. 5032520115020076**, Relator: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 28/03/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: 31/03/2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Os direitos das uniões homoafetivas no e STJ e STF: uma reflexão sobre os limites do monismo moral de Axel Honneth. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Ufc (Nomos)**, Fortaleza, v. 1, p. 143-164, 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12224>. Acesso em: 21 maio 2020.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões *contra legem* a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Revista Pensar**. Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010.

_____. *The Ongoing Search for Legitimacy: Can a Pragmatic yet Principled Deliberative Model Justify the Authority of Constitutional Courts?* **The Modern Law Review**, v. 78, p. 372-393, 2015.

CAMURÇA, Eulália Emília; CORREIA, Theresa Rachel Couto. A liberdade de expressão nas novas democracias sul-americanas: um olhar a partir dos direitos humanos. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (Revisa Nomos)**. Fortaleza, n. 1, v. 32, p. 43-62, jan./jun. 2012.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas: o imaginário da república no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

_____. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o Direito, a Filosofia, a Política e a Economia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CEARÁ, *Softplan* em parceria com o Tribunal de Justiça do. **ESAJ. Processo de Virtualização**. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/>. Acesso em: 01 fev. 2023.

CHALMERS, A. F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. Brasília: Brasiliense, 1993, p. 23-43.

PRADO, Antonio Calos; CHAPOLA, Ricardo. **O STF mais conservador**. 2021. Disponível em: <https://istoe.com.br/o-stf-mais-conservador/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

CHAVES, L. G. Minorias e seu Estudo no Brasil. *Revista Ciências Sociais*. vol. 2, num. 1, 1971. Disponível em: <http://www.rcs.ufc.br/edicoes/v2n1/rcs_v2n1a8.pdf>. Acesso em 27 nov. 2019.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Institutos de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1968.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório “**Violência contra pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexo nas Américas**”. 2015. Disponível em: <https://ilga.org/downloads/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2019.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2019.

COSTA, Reginaldo da. A necessidade de uma fundamentação racional intersubjetiva das normas morais e jurídicas. *Revista Nomos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará*, Fortaleza, p. 11-23, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz; GUIMARÃES, Ana Carolina Pinto Caram. Regras e Princípios: uma visão franciscana. **(O) outro (e) (o) Direito**. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.). Belo Horizonte: Arraes, 2015, v. 1.

_____.; WYKROTA, Leonardo Martins. Nos corredores do Direito. **(O) outro (e) (o) Direito**. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.). Belo Horizonte: Arraes, 2015, v. 1.

D’ANCORA, Matthew. **Pós-verdade**. Tradução Carlos Szlak. 1. ed. Barueri: Faro Editorial, 2018.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**: participação e oposição. Tradução Celso Mauro Paciornik. 1 ed. reimp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

DAMÁSIO, António R. **E o cérebro criou o homem**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. 2 reimp. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

DAPP, FGV. **Dados públicos sobre violência homofóbica no Brasil**: 28 anos de combate ao preconceito. 2017. Disponível em: <<http://dapp.fgv.br/dados-publicos-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-28-anos-de-combate-ao-preconceito/>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

DELEUZE, Gilles. **Spinoza**: Filosofia Prática. Tradução de Daniel Lins e Fabien Pascal Lins. São Paulo: Escuta, 2002.

DEZAN, Sandro Lucio; CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. O uso de padrão decisional extrajurídico pelo supremo tribunal federal (STF) e a tentativa de demonstração de uma razão jurídica suficiente no caso do julgamento da “desaposentação”. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Ufc (Nomos)**, Fortaleza, v. 38, n. 1, p. 179-196, jun. 2018. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/19326>. Acesso em: 21 maio 2020.

DIDIER JR., Fredie (org.). **Ações constitucionais**. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006,

DOUZINAS, Costas. *Law and justice in postmodernism*. In: CONNOR, Steven (ed.). **The Cambridge companion to postmodernism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de Toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

_____. **Direito da liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os Direitos a Sério.** Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito.** Trad. Jefferson L. Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução Luís Carlos Borges. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito** (*Grundlegung der Soziologie der Rechts*). Brasília: UnB, 1986.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança:** uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. *Estructuras Y Proceso*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes. **Semântica Cognitiva:** ilhas, pontes e teias. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

FERNANDES, André Dias. **Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro:** possibilidades, limites e parâmetros. 2016. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Acesso em: 20 set. 2022.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Função social da dogmática jurídica**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS - ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO (Brasil). **Relatório ICJ Brasil: 1º semestre de 2017**. 2017. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica da obra de arte**. Tradução de Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas. **Portal Virtual do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>. Acesso em: 01 fev. 2023.

GERLERO, Mario Silvio. **Introducción a la sociología jurídica: actores, sistemas y gestión judicial**. Buenos Aires: David Grimberg, 2016.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GREENE, Joshua. **Moral Tribes: Emotion, Reason, and the Gap Between Us and Them**. New York: Penguin Books, 2013.

GUERRA, Marcelo Lima. **Normas, inferências e prática: uma teoria institucional-argumentativa do Direito**. Fortaleza, 2015. (Manuscrito gentilmente cedido pelo autor).

HARRIS, Sam. **A paisagem moral: como a ciência pode determinar valores humanos**. Tradução Claudio Angelo. São Paulo: Companhia das letras, 2013.

HART, Hebert. L.A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. *The Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2012.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1995.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HOPPE, Hans-Hermann. **Democracia: o Deus que falhou**. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

HUMANOS, Comitê de Redação da Declaração Universal dos Direitos. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 11 abr. 2021.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução Cássio de Arantes Leite. 1 ed. 11 reimp. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANT, Immanuel. **A ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. In: KANT, Immanuel. *A ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 1989.

_____. **Crítica Prática da Razão**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** in: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

LAPUENTE, Manuel Rodríguez. *Sociología del derecho*. Argentina: Porrúa, 1996.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedente e Norma: usam-se precedentes judiciais como se aplicam normas legislativas?. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza (CE), ano 10, n. 14, p. 231-252, jan./dez. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/814>>. Acesso em: 08 nov. 2022.

LOPES, Pedro Moniz. Princípios como induções deonticas: a previsão indutiva, o déficit informativo e a derrotabilidade condicional dos princípios jurídicos. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (Nomos)*. Fortaleza, v. 31, n. 2 (2011), p. 197-235, jul./dez. 2011.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Ordenamento Jurídico: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível**. Tese de Doutorado. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009.

_____. **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Efeito *backlash* da jurisdição constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**, in MATIAS, J. L. N., *Direito, complexidade e globalização*, São Paulo: Lumen Juris, 2017.

_____. **Efeito *Backlash* da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. Bolonha: 2016. **Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro**. Disponível em: <https://www.academia.edu/35675035/Efeito_Backlash_da_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_Constitucional>. Acesso em 30 de junho de 2020.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MEARSSHEIMER, John. **Por que os líderes mentem**: toda a verdade sobre as mentiras na política internacional. Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. **Na prática, ministros do STF agriem a democracia, escreve professor da USP**. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

MICHIKO, Kakutani. **A morte da verdade**. Tradução André Czarnobai e Marcela Duarte. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

MIGALHAS, Redação Site (ed.). **STF conclui julgamento e libera doação de sangue por homossexuais** 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/326471/stf-conclui-julgamento-e-libera-doacao-de-sangue-por-homossexuais>>. Acesso em: 18 jan. 2023.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2014.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Revista Dados de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-275, 1994.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral**: Uma polêmica. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NOVAES, Adauto (Org). **O esquecimento da política**. In: CHAUI, Marilena. O que é política. Rio de Janeiro: Agir, 2007.

NOVAES, Elisabete David. Perspectivas Sociológicas e Pluralismo Jurídico: a necessidade de superação do bacharelismo tecnicista na formação do profissional do direito. *In: Revista de Sociologia Jurídica*, n. 1, jul./dez. de 2005.

NOVAIS, Jorge. Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OK2BME. **Conjunto de serviços de suporte para crianças e adolescentes lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros ou questionadores (LGBTQ) na região de Waterloo**. Disponível em: <<https://ok2bme.ca/resources/kids-teens/what-does-lgbtq-mean/>>. Acesso em 27 nov. 2019).

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4 ed. São Paulo: Loyola, 2015 (Coleção Filosofia).

OLIVEIRA, Caroline. **Mais conservador, novo Congresso será desafio para agenda feminista, mostra estudo**. 2023. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2023/02/02/mais-conservador-novo-congresso-sera-desafio-para-agenda-feminista-mostra-estudo>. Acesso em: 31 jul. 2023.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação Constitucional na Crise do Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PINHO, Samara de Oliveira. **A fundamentação das decisões judiciais sob a perspectiva das ciências cognitivas**: limites e possibilidades para a formação racional do convencimento motivado. 2018. 144 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/31207>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____.; VALENTE, Demétrius Bruno Farias. Regras e princípios: propostas teóricas centrais e análise crítica. **Democracia e jurisdição constitucional**: estudos de interpretação da Constituição. Juliana Cristine Diniz Campos (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PINTO, Agerson Tabosa. **Da representação política na antiguidade clássica**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1981.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

POLI, Luciana Costa; POLI, Leonardo Macedo. A família contemporânea: reflexões sobre o casamento homoafetivo à luz dos princípios constitucionais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (Revisa Nomos)**. Fortaleza, n. 1, v. 33, p. 165-186, jan./jun. 2013.

POPPER, Karl. O problema da indução. In: MILLER, David (Org.). **Popper: textos escolhidos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 101-115.

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. 2ª ed. Princeton University Press: Princeton, 1990.

REALE, Miguel. **A teoria tridimensional do Direito**. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: STF, seus bastidores e suas crises**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RIDLEY, Matt. **As origens da virtude: um estudo biológico da solidariedade**. Trad. Berilo Vargas. São Paulo: Record, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social: princípios do direito político**. (Tradução de Antônio de Paula Danesi; revisão da tradução de Edson Darci Heldt). 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RYLE, Gilbert. **The concept of mind**. London: Routledge, 2009.

SALGADO, Eneida Desiree. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta. **Estudos Eleitorais**, v. 6 n. 3, p. 103-129, 2011.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório?. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 65, p. 3-76, maio 2003.

_____. *Sociologia jurídica crítica: para um nuevo sentido común em el derecho*. Madrid: Trotta, 2009.

_____.; NUNES, João Arriscado; MENESES, Maria Paula (2007). Opening up the cannon of knowledge and recognition of difference. In: SANTOS, Boaventura Sousa (Org.). *Another knowledge is possible: beyond northern epistemologies*. New York: Verso, p. IX-LI.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 20 set. 2022.

SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

_____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press. 2009

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEARLE, John R. *Making the social world: the structure of human civilization*. New York: Oxford University Press, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 3 reimp. São Paulo: Schwartz, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SPINOZA, Baruch. **Ética**. Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição?** 2018. Disponível em: .<<https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-voz-ruas-qual-valor-constituicao>>. Acesso em: 13 set. 2022.

SUNSTEIN, Cass and HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W Norton e Company, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Histórico de composição. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp>>. Acesso em 27 nov. 2019.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Colección

_____. *La semplice verità*. Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Laterza, 2009.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos dos argumentos**. Tradução de Reinaldo Guaracy. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti (org.). **O STF e a Hermenêutica Penal que gerou o reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo** (sem legislar nem fazer analogia), Bauru: Spessoto, 2022.

_____. **Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo>. Acesso em: 20 set. 2022.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O Direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

ANEXOS – BANCO DE INFORMAÇÕES

O CONTEÚDO MORAL NA FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA DO STF: O CASO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA

ANEXO I – TRÂMITE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº. 26 (STF)	244
TABELA I – PARTES	244
TABELA II – MOVIMENTAÇÃO	244
ANEXO II – VOTOS DOS MINISTROS QUE PERFAZEM O ACÓRDÃO	247
TABELA I – VOTO MINISTRO CELSO DE MELLO (RELATOR – VOTO MERITÓRIO PARADIGMA DO ACÓRDÃO)	247
TABELA II – VOTO MINISTRO LUIZ EDSON FACHIN	248
TABELA III – VOTO DO MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES	249
TABELA IV – VOTO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO	250
TABELA V – VOTO MINISTRA ROSA WEBER	251
TABELA VI – VOTO MINISTRO LUIZ FUX	252
TABELA VII – VOTO MINISTRO CÁRMEN LÚCIA	253
TABELA VIII – VOTO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI	254
TABELA IX – VOTO MINISTRO GILMAR MENDES	254
TABELA X – VOTO MINISTRO MARCO AURÉLIO	255
TABELA XI – VOTO MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE)	256
TABELA XII – RESUMO DA CONCLUSÃO DOS VOTOS	256

**ANEXO A – TRÂMITE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR
OMISSÃO Nº. 26 (STF)**

TABELA I – PARTES

CÓDIGO	PARTES
A1	Requerente: Partido Popular Socialista (“Cidadania”)
A2	Requerido: Congresso Nacional
A3	Intimado: Presidente do Senado Federal
A4	<i>Amicus Curiae</i> : Grupo Gay da Bahia – GGB
A5	<i>Amicus Curiae</i> : Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos – ABGLT
A6	<i>Amicus Curiae</i> : Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS
A7	<i>Amicus Curiae</i> : Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE
A8	<i>Amicus Curiae</i> : Frente Parlamentar "Mista" Da Família e Apoio à Vida
A9	<i>Amicus Curiae</i> : Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros
A10	<i>Amicus Curiae</i> : Convenção Brasileira das Igrejas evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM
A11	<i>Amicus Curiae</i> : Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado - PSTU
A12	<i>Amicus Curiae</i> : Conselho Federal de Psicologia
A13	<i>Amicus Curiae</i> : Associação Nacional de Travestis e Transsexuais - ANTRA
A14	<i>Amicus Curiae</i> : Defensoria Pública do Distrito Federal

TABELA II - MOVIMENTAÇÃO

CÓDIGO	MOVIMENTAÇÃO (DATA DA ÚLTIMA CONSULTA: 03/10/2023)
B1	Recebimento da petição inicial: 19 de março de 2013. Pedidos (em síntese): reconhecimento da homofobia e transfobia como racismo, com a criminalização de tais condutas (art. 5º, XLII, CF/88) e, subsidiariamente, reconhecimento de tais condutas como atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, com a criminalização de referidas condutas (art. 5º, XLI, CF/88), com declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre o tema, além de pedido indenizatório;
B2	Requisição de informações aos Presidentes do Senado Federal e da Câmara de Deputados, pelo Ministro Relator da ação, em 07 de março de 2014;
B3	Respostas. Do Senado Federal (06 de novembro de 2014): que não havia comando legal de criminalização das condutas em discussão, havendo distinção com o racismo, negando a mora legislativa, com a apresentação de tabela de leis sobre o assunto em trâmite. Da Câmara dos Deputados (12 de novembro de 2014): afirmou sobre a existência de projetos de lei sobre o tema;
B4	Réplica do Partido Popular Socialista (“Cidadania”) às informações acima (Cód. B3), em 13 de janeiro de 2015;
B5	Manifestação da Procuradoria Geral da República - PGR (Rodrigo Janot), em 15 de

	junho de 2015, após remessa do Relator. Parecer em favor do reconhecimento da mora legislativa e possibilidade de criminalização, mas sem possibilidade de indenização;
B6	Em 07 de novembro de 2018, o Relator determinou a oitiva da Advocacia Geral da União, a qual defendeu a inexistência de omissão legislativa, em 16 de novembro de 2018;
B7	Em 07 de dezembro de 2018, houve a disponibilização do Relatório pelo, então, Ministro Relator Celso de Mello;
B8	Em 14 de dezembro de 2018, o Senado Federal apresentou informações complementares acerca das questões de direito relacionadas à ADO nº 26;
B9	20 de fevereiro de 2019, voto de mérito do Relator Ministro Celso de Mello;
B10	21 de fevereiro de 2019, voto de mérito do Ministro Luiz Edson Fachin;
B11	21 de fevereiro de 2019, voto de mérito do Ministro Alexandre de Moraes;
B12	21 de fevereiro de 2019, voto de mérito do Ministro Luís Roberto Barroso;
B13	23 de maio de 2019, voto de mérito da Ministra Rosa Weber;
B14	23 de maio de 2019, voto de mérito do Ministro Luiz Fux;
B15	13 de junho de 2019, voto de mérito da Ministra Cármen Lúcia;
B16	13 de junho de 2019, voto de mérito do Ministro Ricardo Lewandowski;
B17	13 de junho de 2019, voto de mérito do Ministro Gilmar Mendes;
B18	13 de junho de 2019, voto de mérito do Ministro Marco Aurélio;
B19	13 de junho de 2019, voto de mérito do Ministro Dias Toffoli (Presidente);
B20	13 de junho de 2019, “observação” final do Ministro Dias Toffoli (Presidente): “O Supremo Tribunal Federal, em seis sessões, enfrentou este tema de tamanha importância com tristeza. Bom seria que não houvesse a necessidade de enfrentá-lo em pleno século XXI, no ano de 2019”;
B21	13 de junho de 2019, houve o encerramento do julgamento da ADO nº. 26, com reconhecimento da mora legislativa e enquadramento das condutas de homofobia e transfobia como “racismo social”, considerando a interpretação conforme à Constituição Federal;
B22	Acórdão publicado em 06 de outubro de 2020. Observação: em 03 de agosto de 2020, a parte Autora – Partido Popular Socialista (“Cidadania”) – já havia protocolado Embargos de Declaração, antes mesmo da publicação do acórdão;
B23	14 de outubro de 2020, Advocacia Geral da União e Frente Parlamentar “Mista” da Família e Apoio à Vida (<i>amicus curiae</i>) interpuseram Embargos de Declaração. Em 15 de outubro de 2020, o Partido Popular Socialista (“Cidadania”) também interpôs nova peça de Embargos de Declaração;
B24	Em 05 de novembro de 2020, houve a substituição do Ministro Relator Celso de Mello pelo novo Ministro Nunes Marques, em razão da antecipação da aposentadoria daquele;
B25	Em 16 de fevereiro de 2022, em despacho, foi determinada a intimação da parte Autora para se manifestar sobre os dois Embargos de Declaração interpostos. Observação: não houve determinação de intimação para contrarrazões em relação aos Embargos de Declaração da parte Autora;
B26	Em 07 de março de 2022, a ação ficou concluída ao novo Ministro Relator Nunes Marques para julgamento dos Embargos opostos, após manifestação por meio de

	<p>contrarrazões aos Embargos Declaratórios pela parte Autora – Partido Popular Socialista (“Cidadania”). Em 14 de junho de 2023, em despacho, foi determinada a intimação dos Embargados respectivos para manifestação sobre os Embargos de Declaração da parte Autora da ação, tendo o prazo transcorrido em branco, estando a demanda em conclusão ao Relator desde 01 de agosto de 2023, sendo esta a mais recente movimentação até a data da última consulta da ADO nº. 26 nesta tese;</p>
B27	<p>Informação adicional de esclarecimento à Tabela II: existem outras muitas movimentações relativas às petições, decisões prejudiciais e incidentais proferidas ao longo da ação, a exemplo das admissões de <i>amicus curiae</i>, observações dos Ministros, Propostas, Votos preliminares e prejudiciais dos Ministros etc. No entanto, para efeitos de melhor visualização do trâmite da ação, optou-se por registrar as movimentações mais importantes, especialmente em relação aos votos de mérito dos Ministros.</p>

ANEXO B – VOTOS DOS MINISTROS QUE PERFAZEM O ACÓRDÃO¹

TABELA I – VOTO MINISTRO CELSO DE MELLO (RELATOR – VOTO MERITÓRIO PARADIGMA DO ACÓRDÃO)

CÓDIGOS	-	-
C1	PRINCÍPIOS (Argumentos Morais)	Liberdade constitucional (que abrange liberdade de orientação sexual e de gênero, como direitos personalíssimos); Igualdade (plena); Dignidade humana (busca da felicidade); Incompatibilidade de restrições com a sociedade democrática (Estado Democrático de Direito); Pluralismo e proteção à intimidade; Proibição do preconceito (não-discriminação); Diversidade e inclusão; Princípios de Yogyakarta; Direito à autodeterminação do próprio gênero e definição da orientação sexual; Análise social e histórica de violências contra a comunidade LGBTI; Irrazoabilidade da mora legislativa; Interpretação conforme à Constituição Federal; Padrões éticos e morais da Constituição Federal; Extensão do conceito de racismo, com base na CF/88 para “racismo social” (supremacia constitucional); Rechaço à interiorização do indivíduo e à intolerância; Proteção aos Direitos Humanos; Laicidade estatal; Proteção às minorias (função contramajoritária do STF);
C2	FUNDAMENTO NORMATIVO	Art. 5º, XLI e XLII, CF/88;
C3	DISPOSIÇÃO	Julgamento pela procedência em parte da ADO nº. 26, para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização das condutas de homofobia e transfobia, com base na interpretação conforme à Constituição, qualificando a homofobia e transfobia como racismo social, até que o Congresso Nacional legisle sobre o assunto;
C4	AUTORES CITADOS	Jonas Alves da Silva Júnior; Roger Raupp Rios; Viviane Girardi; Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; Maria Berenice Dias;

¹ A elaboração e sistematização das Tabelas do Anexo II desta tese foram realizadas a partir da leitura integral do acórdão da ADO nº. 26 (que contém quinhentas e sessenta e seis páginas). Com isso, promoveu-se a criação e seleção dos critérios dispostos nas Tabelas (princípios, fundamento normativo, disposição e autores citados) com a finalidade de se expor cada voto de maneira simplificada, em consideração às próprias premissas teóricas estabelecidas nos capítulos primeiro e segundo deste trabalho, a partir da matriz principiológica e constitucional extraída de cada voto, de modo que os critérios de “princípios, fundamento normativo, disposição e autores citados” refletem os posicionamentos mais relevantes dos Ministros para fins de criminalização das condutas de homofobia e de transfobia, em consonância com o objeto desta tese. Assim, para uma melhor visualização e análise da integralidade dos votos de cada Ministro, utilizou-se palavras-chaves que têm aptidão de sintetizar seu posicionamento/interpretação completa acerca do tema em julgamento, algo que é desenvolvido ainda textualmente no capítulo três deste trabalho.

	(Doutrina)	<p>Rodrigo Bernardes Dias; Giovanna Bianca Trevizani; Simone de Beauvoir; Daniel Gomes de Carvalho; Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco; Clèmerson Merlin Clève; Nagib Slaibi Filho; Oswaldo Luiz Palu; Zeno Veloso; Alexandre de Moraes; Dirley da Cunha Júnior; Ingo Wolfgang Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero; Fernando Galvão; Damásio E. de Jesus; Celso Delmanto Roberto Delmanto; Roberto Delmanto Júnior; Fávio M. de Almeida Delmanto; Cezar Roberto Bitencourt; Rogério Greco; André Estefam; Luiz Régis Prado; Luiz Flávio Gomes; Valerio de Oliveira Mazzuoli; J.J Gomes Canotilho; Jorge Miranda; Veronica de Jesus Gomes; Luiz Mott; Ronaldo Vainfas; Minisa Nogueira Napolitano; Pedro Cardim; Francisco Bethencourt; Luiz Mott; Hannah Arendt; Anna Cândida da Cunha Ferraz; Vital Moreira; Pimenta Bueno; José Afonso da Silva; Pontes de Miranda; Karl Loewenstein; Luiz Carlos dos Santos Gonçalves; Luciano Feldens; Guilherme de Souza Nucci; Clara Moura Masiero; Celso Lafer; Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; Fabiano Augusto Martins Silveira; Noberto Bobbio; Daniel Borrillo; Karl Larenz; Celso Ribeiro Bastos; Guilherme Peña de Moraes; Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de Andrade Nery; Walber de Moura Agra; Uadi Lammêgo Bulos; Ademar Borges de Souza Filho; Fernando Maicon Prado Taschetto; Antônio Veloso Peleja Júnior; Hugo Lafayette Black; Nelson Hungria; Magalhães Noronha; Heleno Cláudio Fragoso; Julio Fabbrini Mirabete; Renato N. Fabbrini; João Camillo de Oliveira Tôrres; Tobias Monteiro; Baruch de Espinosa; Sérgio Sérvulo da Cunha; Rodrigo da Cunha Pereira; Immanuel Kant; Luiz Antonio Rizzatto Nunes; Luiz Edson Fachin; Ray Raphael; Stephanie Schwartz Driver; Saul Tourinho Leal e Paulo Bonavides;</p> <p>(Observação: autores citados no voto são de áreas inúmeras, que tratam desde aspectos sociais, filosóficos e culturais envolvidos ao tema até aspectos legais e constitucionais).</p>
--	-------------------	--

TABELA II – VOTO MINISTRO LUIZ EDSON FACHIN

CÓDIGOS	-	-
D1	PRINCÍPIOS (Argumentos Morais)	<p>Discriminação (por orientação sexual ou identidade de gênero) como ato atentatório ao Estado Democrático de Direito (incompatibilidade); Igualdade (material – que abrange a não discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero); Mandato constitucional em criminalizar condutas de homofobia e transfobia; Omissão legislativa como ofensa ao</p>

		<p>mínimo sentido de justiça; Princípios de Yogyakarta; Individualidade da pessoa humana perante o Estado de Direito; Proteção de direitos fundamentais e criação de tipos penais (efeitos <i>ex tunc</i>); Proporcionalidade; Dignidade da pessoa humana (concretude; como valor moral); Sexualidade como dimensão da dignidade humana (“não é possível exigir que a sexualidade fique no armário”);</p> <p>(Observação: acompanhamento ao voto do Ministro-Relator);</p>
D2	FUNDAMENTO NORMATIVO	Art. 1º, III; art. 5º, <i>caput</i> , LXXI, XLI, XLII, XLIII, XLIV e §2º - todos da CF/88; art. 24, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; art. 4º, da Convenção para Eliminação da Discriminação Racial e art. 2º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos;
D3	DISPOSIÇÃO	Julgamento pela procedência em parte da ADO nº. 26, para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização das condutas de homofobia e transfobia, a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, até que o Congresso Nacional venha legislar a respeito, com base na interpretação conforme à Constituição;
D4	AUTORES CITADOS (Doutrina)	João Francisco da Fonseca; Luiz Carlos dos Santos Gonçalves; André de Carvalho Ramos; Luís Roberto Barroso; Daniel Sarmento e William Eskridge Jr.

TABELA III – VOTO MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

CÓDIGOS	-	-
E1	PRINCÍPIOS (Argumentos Morais)	Discriminação atentatória aos direitos fundamentais; Repressão dos atos de violência contra a população LGBTI; Efetividade constitucional; Princípios de Yogyakarta; Liberdades fundamentais; Padrão protetivo de implementação legislativa na atuação do Congresso Nacional dos direitos e garantias constitucionais; Proteção de minorias (grupos vulneráveis); Estado Democrático de Direito; Supremacia constitucional; Interpretação conforme à Constituição Federal; Força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais; Dignidade humana (prevalência); Proibição de discriminação; Não criminalização da liberdade religiosa; Complementariedade das noções de Estado Laico e liberdade

		de crença e culto, sob a luz da tolerância e diversidade de opiniões; Pluralismo de ideais; Não hierarquização de interpretações bíblicas ou religiosas; Inadmissão do discurso de ódio; (Observação: acompanhamento ao voto do Ministro-Relator)
E2	FUNDAMENTO NORMATIVO	Art. 1º, III; Art. 3º, I e IV; art. 5º, <i>caput</i> , I; XLI e XLII, §1º - todos da CF/88;
E3	DISPOSIÇÃO	Julgamento pela procedência em parte da ADO nº. 26, para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização das condutas de homofobia e transfobia, com base na interpretação conforme à Constituição, qualificando a homofobia e transfobia como racismo, até que o Congresso Nacional legisle sobre o assunto;
E4	AUTORES CITADOS (Doutrina)	Anna Cândida da Cunha Ferraz; Dirceo Torrecillas Ramos; Simone Andréa Barcelos Coutinho; Paulo Eduardo Garrido Modesto; Adhemar Ferreira Maciel; Mônica de Mello; João Alfredo Mussolino de Freitas; Nelson Saldanha; Gilmar Ferreira Mendes; J.J Gomes Canotilho; Michel Troper; Christian Starck; Konrad Hesse; Lawrence Baum; Jean Rivero; Pierre Bom; Joseph M. Bessette; Augusto Cerri; José de Souza Britto; Godofredo Telles Junior; Thomas Cooley; José Celso Mello Filho; Manoel Gonçalves Ferreira Filho; Aricê Moacir Amaral Santos; Bernard Schwartz; Jorge Miranda; Norberto Bobbio; Walter Berns; Mauro Cappelletti; Manuel Aragón Reyes; Jean Rivero; René David; Petter Häberle; Ferdinand Lassale; Roscoe Pound; Otto Bachof; Fábio Konder Comparato; Bento de Faria; René Ariel Dotti; Francisco de Assis Toledo; Carlos Vico Mañas; Vicente Ráo; Miguel Reale; Raul Machado Horta; Ingo Wolfgang Sarlet; Vital Moreira; Guilherme de Souza Nucci; Fabiano Augusto Martins Silveira; Themistocles Brandão Cavalcanti; Thomas More; Francesco Finocchiaro; Konrad Adenauer Stiftung; Isaiah Berlin; Ronald Dworkin; Odone Sanguiné e Vinicius de Toledo Piza Peluso.

TABELA IV – VOTO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

CÓDIGOS	-	-
F1	PRINCÍPIOS (Argumentos Morais)	Orientação sexual e identidade de gênero como condições de fato; Parâmetro de violência à comunidade LGBTI (realidade social e compatibilidade com normas constitucionais); Dever de intervenção do Estado; Defesa de direitos fundamentais;

		<p>Mandamento constitucional de criminalização; Liberdade, igualdade e integridade física da comunidade LGBTI (grupo vulnerável); Papel contramajoritário, representativo e iluminista do STF (supremacia constitucional); Dignidade humana; Tolerância; Fraternidade; Respeito ao sentimento religioso; Liberdade religiosa (mas de não fazer/propagar o mal); Pluralismo; Proporcionalidade (proteção insuficiente de grupos minoritários); Isonomia; Equiparação do conceito de racismo às condutas de homofobia e transfobia; Interpretação conforme à Constituição Federal; Repúdio à Discriminação (constitucionalmente previsto); Mutação constitucional (valores modificados com o tempo);</p> <p>(Observação: acompanhamento ao voto do Ministro-Relator. Além disso, no voto, o Ministro analisa a ADO nº 26 em conjunto com o Mandado de Injunção nº. 4733 DF. No entanto, para esta tese, como dito, o recorte epistemológico se faz necessário para a análise somente da ADO nº 26, considerando sua natureza de ação de inconstitucionalidade por omissão em tese/abstrata da norma);</p>
G2	FUNDAMENTO NORMATIVO	Art. 5º, XLI e XLII, CF/88;
G3	DISPOSIÇÃO	Julgamento pela procedência em parte da ADO nº. 26, para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização das condutas de homofobia e transfobia, com base na interpretação conforme à Constituição, qualificando a homofobia e transfobia como racismo e caracterizando como motivo torpe ou fútil sempre que a prática de crime seja movida pela intolerância e/ou pelo preconceito quanto à orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima, até que o Congresso Nacional legisle sobre o assunto;
G4	AUTORES CITADOS (Doutrina)	Ronald Dworkin e George Weinberg.

TABELA V – VOTO MINISTRA ROSA WEBER

CÓDIGOS	-	-
H1	PRINCÍPIOS (Argumentos Morais)	Direito à individualidade e identidade (identidade sexual e de gênero); Autodeterminação sexual; Dignidade humana; Igualdade; Proteção de minorias vulneráveis; Estado de mora inconstitucional diante da realidade fática de ausência de proteção; Extensão da noção jurídico-constitucional de

		<p>racismo; Interpretação conforme à Constituição; Equidade; Colegialidade;</p> <p>(Observação: acompanhamento ao voto do Ministro-Relator. Além disso, no voto, a Ministra analisa a ADO nº 26 e refere-se também ao Mandado de Injunção nº. 4733 DF. No entanto, para esta tese, como dito, o recorte epistemológico se faz necessário para a análise somente da ADO nº 26, considerando sua natureza de ação de inconstitucionalidade por omissão em tese/abstrata da norma);</p>
H2	FUNDAMENTO NORMATIVO	Art. 1º, III; 5º, XLI e XLII, CF/88;
H3	DISPOSIÇÃO	Julgamento pela procedência em parte da ADO nº. 26, para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização das condutas de homofobia e transfobia, com base na interpretação conforme à Constituição, qualificando a homofobia e transfobia como racismo, até que o Congresso Nacional legisle sobre o assunto;
H4	AUTORES CITADOS (Doutrina)	Cármem Lúcia e Nilo Batista.

TABELA VI – VOTO MINISTRO LUIZ FUX

CÓDIGOS	-	-
II	PRINCÍPIOS (Argumentos Morais)	<p>Estado de coisas inconstitucional ante à realidade de violência contra pessoas LGBTI; Dignidade humana; Defesa de minorias políticas; Extensão da aceção jurídico-constitucional do racismo para as condutas de homofobia e transfobia; Interpretação conforme à Constituição; Autodeterminação de dignidade; Dever contramajoritário do STF; Compromisso da Justiça; Efetividade da Constituição; Princípio democrático; Princípio da liberdade de conformação do legislador; Dever constitucional de criminalização; Estado Democrático de Direito; Normatividade dos direitos fundamentais; Participação política; Tolerância; Vedação à proteção atual insuficiente; <i>Distinguishing</i>; Igualdade; Não discriminação; Compromissos internacionais para a criminalização; Cenário de marginalização e discriminação da comunidade LGBTI; Liberdade de orientação sexual e identidade de gênero; Ponderação;</p> <p>(Observação: acompanhamento ao voto do Ministro-Relator);</p>

I2	FUNDAMENTO NORMATIVO	Art. 3º, IV; 5º, XLI e XLII, CF/88;
I3	DISPOSIÇÃO	Julgamento pela procedência em parte da ADO nº. 26, para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização das condutas de homofobia e transfobia, com base na interpretação conforme à Constituição, qualificando a homofobia e transfobia como racismo, até que o Congresso Nacional legisle sobre o assunto;
I4	AUTORES CITADOS (Doutrina)	Immanuel Kant; Axel Honneth; Rui Medeiros; Ana Paula de Barcellos; Daniel Sarmento; Luiz Fux; Pedro Felipe Santos; Alexander Bickel; Luís Roberto Barroso; David A. Landau; Bruce Ackerman; Dieter Grimm; Jeremy Waldron; Mark Tushnet; Daniel Cardinali; Jack Balkin; Wendy Brown; John Hart Ely; Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet; Diogo Bacha Silva; Alexandre Bahia; Daniel Borillo; Jane Pereira; Gabriel Gonçalves Accioly; Luiz Flávio Gomes; Gustavo Zagrebelsky; Rodrigo Brandão; Cezar Roberto Bittencourt; Claus Roxin; Luiz Regis Prado; Eugenio Raúl Zaffaroni; Norberto Bobbio; Castanheira Neves; Karl Larenz e Luigi Ferrajoli.

TABELA VII – VOTO MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

CÓDIGOS	-	-
J1	PRINCÍPIOS (Argumentos Morais)	Direito à vida; Direito à liberdade; Efetividade constitucional; Proteção de minorias; Não-discriminação; Mandado de criminalização constitucional; Extensão da aceção jurídico-constitucional do racismo para as condutas de homofobia e transfobia; Incompatibilização da liberdade de expressão com a violação de direitos à liberdade, à vida e à dignidade humana; Preconceito histórico com as pessoas LGBTI; Proteção constitucional deficiente; (Observação: acompanhamento ao voto do Ministro-Relator);
J2	FUNDAMENTO NORMATIVO	Art. 3º, IV; 5º, XLI e XLII, CF/88;
J3	DISPOSIÇÃO	Julgamento pela procedência em parte da ADO nº. 26, para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização das condutas de homofobia e transfobia, qualificando a homofobia e transfobia como racismo, até que o Congresso Nacional legisle sobre o assunto;
J4	AUTORES	J. J. Gomes Canotilho; Jorge Miranda; Alexandre Magno

	CITADOS (Doutrina)	Fernandes Moreira; Luciano Feldens; Daniel Borillo; Norberto Bobbio; Carlos Bernal Pulidos; Gabriel Doménech Pascualsé; Ingo Sarlet; Lenio Streck; Jorge Reis Navais; Gleydosn Gleber de Lima; Roger Raupp Rios; Alice Hertzog Resadori; Paulo Gilverto Cogo Leivas; Gilberto Schafer e Alexandre de Moreira Van der Broocke.
--	-------------------------------	---

TABELA VIII – VOTO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

CÓDIGOS	-	-
K1	PRINCÍPIOS (Argumentos Morais)	Igualdade; Proteção de minorias; Direitos humanos; Busca da felicidade; Dignidade humana; Princípios de Yogyakarta; Não-discriminação; Supremacia constitucional; Histórico de violência contra pessoas LGBTI (mudanças culturais necessárias); (Observação: não acompanhamento ao voto do Ministro-Relator – disposição diversa – somente para reconhecer a mora legislativa);
K2	FUNDAMENTO NORMATIVO	Art. 5º, XLI e XXXIX, CF/88;
K3	DISPOSIÇÃO	Julgamento pela procedência em parte da ADO nº. 26, para reconhecer a mora legislativa em legislar sobre a criminalização das condutas de homofobia, com determinação de cientificar o Congresso Nacional para adotar as providências necessárias, com base na reserva legal;
K4	AUTORES CITADOS (Doutrina)	Nancy Fraser; Axel Honneth; Joanna Noronha; Adriana Vidal de Oliveira; Simone de Beauvoir; Judith Butler; Ran Hirschl; Helena Campos Refosco; Marc Galanter; Mariângela Gama Magalhães Gomes; Chiavelli Facenda Falavigno; Jéssica da Mara; Ana Gabriela Braga; Victor Siqueira Serra; Jorge Leite Júnior; Michel Foucault; Drauzio Varella; Debora Diniz; Sinara Gumieri; Libby Adler; Carlos Roberto Siqueira Castro e Larissa Bortoni.

TABELA IX – VOTO MINISTRO GILMAR MENDES

CÓDIGOS	-	-
L1	PRINCÍPIOS (Argumentos Morais)	Liberdade; Felicidade; Dignidade humana; Autodeterminação; Direito ao autodesenvolvimento; Cidadania; Direitos Humanos; Não-discriminação; Pluralismo democrático; Direito de minorias; Intervenção legítima do Poder Judiciário;

		<p>Insuficiente proteção; Dever de proteção constitucional; Princípio da proporcionalidade; Igualdade; Extensão do conceito jurídico-constitucional de racismo (aspectos históricos, sociológicos e culturais); Interpretação constitucional aberta; Tolerância; Concretização de direitos fundamentais;</p> <p>(Observação: acompanhamento ao voto do Ministro-Relator. O Ministro analisa a ADO nº 26 e refere-se também ao Mandado de Injunção nº. 4733 DF. No entanto, para esta tese, como dito, o recorte epistemológico se faz necessário para a análise somente da ADO nº 26, considerando sua natureza de ação de inconstitucionalidade por omissão em tese/abstrata da norma);</p>
L2	FUNDAMENTO NORMATIVO	Art. 1º, II, III; art. 3º, I, IV; art. 4º, II; art. 5º, §2º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X – todos da CF/88;
L3	DISPOSIÇÃO	Julgamento pela procedência em parte da ADO nº. 26, para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização das condutas de homofobia e transfobia, com base na interpretação conforme à Constituição, qualificando a homofobia e transfobia como racismo, até que o Congresso Nacional legisle sobre o assunto;
L4	AUTORES CITADOS (Doutrina)	Peter Häberle; Gustavo Zagrebelsky; Bernhard Schlink; Joaze Bernadinho; Manoel Antonio Teixeira Filho; José Afonso da Silva; J. Calmon de Passos; Hely Lopes Meirelles; Celso Ribeiro Bastos; Ives Gandra Marins; Augusto Martin de La Vega; Mauro Capelletti; Alexander Hamilton e John Hart Ely.

TABELA X – VOTO MINISTRO MARCO AURÉLIO

CÓDIGOS	-	-
M1	PRINCÍPIOS (Argumentos Morais)	<p>Proteção de minorias e grupos socialmente vulneráveis; Dignidade humana; Efetividade da Constituição; Interpretação construtiva da Constituição; Igualdade; Limitação pela reserva legal; Separação de poderes; Harmonia entre poderes;</p> <p>(Observação: divergência com o Ministro-Relator. O Ministro analisa a ADO nº 26 e refere-se também ao Mandado de Injunção nº. 4733 DF. No entanto, para esta tese, como dito, o recorte epistemológico se faz necessário para a análise somente da ADO nº 26, considerando sua natureza de ação de inconstitucionalidade por omissão em tese/abstrata da norma);</p>

M2	FUNDAMENTO NORMATIVO	Art. 2º; art. 5º, XXXIX e XLI – todos da CF/88;
M3	DISPOSIÇÃO	Julgamento pela admissão parcial da ADO nº. 26, com julgamento pela improcedência do pedido, deixando de reconhecer a omissão legislativa quanto à criminalização das condutas de homofobia e transfobia;
M4	AUTORES CITADOS (Doutrina)	Karl Loewenstein; José Afonso da Silva; José Carlos Barbosa Moreira; Ulysses Guimarães e Claus Roxin.

TABELA XI – VOTO MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE)

CÓDIGOS	-	-
N1	PRINCÍPIOS (Argumentos Morais)	Repúdio à discriminação, ao ódio, ao preconceito e à violência por razões de orientação sexual; (Observação: acompanhamento ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Após o voto, o Ministro proferiu uma “observação” com o seguinte: “O Supremo Tribunal Federal, em seis sessões, enfrentou este tema de tamanha importância com tristeza. Bom seria que não houvesse a necessidade de enfrentá-lo em pleno século XXI, no ano de 2019”);
N2	FUNDAMENTO NORMATIVO	Art. 3º, IV, CF/88;
N3	DISPOSIÇÃO	Julgamento pela procedência em parte da ADO nº. 26, para reconhecer a mora legislativa em legislar sobre a criminalização das condutas de homofobia, com determinação de cientificar o Congresso Nacional para adotar as providências necessárias, com base na reserva legal;
N4	AUTORES CITADOS (Doutrina)	Sem autores citados. O voto é bastante sintético e direto, sendo composto de uma página.

TABELA XII – RESUMO DA CONCLUSÃO DOS VOTOS

CÓDIGOS	-	-
O1	CONCLUSÃO DOS VOTOS NA ATA DE JULGAMENTO	O STF, por unanimidade, conheceu parcialmente da ADO nº. 26. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral, vinculante e <i>ex tunc</i> para reconhecer a mora legislativa inconstitucional do Congresso Nacional quanto à implementação do mandado de criminalização das condutas de

		<p>homofobia e transfobia, nos termos dos incisos XLI e XLII, do art. 5º da Constituição Federal, com base na interpretação conforme à Constituição, para enquadrar a homofobia e a transfobia como espécies do gênero racismo (racismo social). Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente;</p>
02	OBSERVAÇÃO	<p>Uma das teses firmadas ao final do julgamento foi a seguinte: “[...] A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; [...]”.</p>