



UNIRIO

CADERNO DE DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Editores-Chefes:

Profa. Dra. Claudia Tannus Gurgel do Amaral

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura

ISSN a Obter

<http://www.seer.unirio.br/index.php/cdpp/>

A SUPRESSÃO DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL POR MEIO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A ADO 26 E O MI 4.733

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

Rennan Faria Krüger Thamay¹

Bernardo Silva de Seixas²

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

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Omissão Inconstitucional. Criminalização. Transfobia.

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

¹ Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/RS e Università degli Studi di Pavia. Mestre em Direito pela UNISINOS e pela PUC Minas. Especialista em Direito pela UFRGS. Professor Titular do programa de graduação e pós-graduação (Doutorado, Mestrado e Especialização) da FADISP. Advogado, árbitro, mediador, consultor jurídico e parecerista.

² Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Especialista em Processo Constitucional e Garantia de Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa-Itália. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Graduado em Direito pelo CIESA. Professor Universitário da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM), Escola Superior da Magistratura do Amazonas (ESMAM) e CIESA. Professor de Graduação em Direito da UFAM e CIESA. Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

deductive, which seeks to reach the argument of legal legitimacy that authorizes the application of the racism law to acts of transphobia.

Key-words: Constitutional Jurisdiction. Unconstitutional Omission. Criminalization. Transphobia.

Introdução.

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

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

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

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

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

Aborda-se aqui, portanto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão (ADO) n. 26, ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), assim como o Mandado de Injunção

(MI) n. 4.733, ajuizada pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, visando discutir, em controle concentrado e difuso de forma concomitante, a questão da omissão legislativa inconstitucional a respeito da proteção penal desta parcela minoritária da população brasileira.

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

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

Portanto, esse trabalho se justifica em razão da luta social do grupo vulnerável reconhecidamente desprovido de legislações adequadas para proteção de sua dignidade, assim como pela importante decisão do STF, que se utilizando dos instrumentos processuais e da interpretação constitucional, permitiu a aplicação de sanção penal prevista na lei 7.716/89 para coibir atos de transfobia. Esta lei originalmente define os crimes de preconceito de raça ou cor, mas atualmente, também tem aplicabilidade para coibir condutas transhomofóbicas.

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

As problemáticas que orientam o trabalho são: quais são os métodos de interpretação constitucional utilizados pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADO 26 e MI 4.733? Qual a razão de decidir que legitimou a decisão do Supremo Tribunal Federal? Houve, de fato, a criação de tipo penal por decisão judicial? Há mandamento constitucional, expresso ou implícito, que imponha ao legislador o dever de criar uma norma penal para coibir condutas transhomofóbicas?

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

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

menção tanto à ADO 26 e ao MI 4.733. Ainda, de forma breve, se abordará as leis de regências dessas duas ações constitucionais, bem como as suas diferenças e semelhanças.

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

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

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

Reyes³ (2009, p. 237-238) conceitua jurisdição constitucional como "[...] aplicação da Constituição, seja ela realizada por tribunais especializados ou por tribunais ordinários, e seja ela praticada de maneira concentrada ou difusa."

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

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

Sobre esses modelos aglutinados de jurisdição constitucional Urbano⁴ (2012, p. 22) indica que

registra-se atualmente uma tendência crescente para os modelos mistos ou compostos. Essa mistura ou combinação pode assumir diferentes formas ou graus. Pode, desde logo, consistir tão simplesmente na consagração em simultâneo e portanto na coexistência dos modelos concentrados e difuso. Mas a mistura ou combinação pode ser de outro tipo, mais complexa ou

³ REYES, Manuel Aragón. *Estudios de Derecho Constitucional*, 2 ed. Madrid, 2009, p. 237-238.

⁴ URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional : Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra : Almedina, 2012, p. 22.

profunda, assistindo-se a uma miscigenação dos dois modelos puros dentro do mesmo processo de fiscalização [...].

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

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

Logo, não se pode criticar a atuação do STF nas mais diversas questões e decisões que foram tomadas por este órgão do Estado brasileiro, vez que esta atuação decorre de exercício de sua própria competência ou, eventualmente, na inércia dos demais poderes (Executivo e Legislativo) em exercer suas funções típicas.

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

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

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

Neste cenário, de amplas competências constitucionais e inúmeros efeitos da decisão judicial, constata-se, hodiernamente, uma vasta atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, principalmente em questões tensas para a sociedade brasileira, tal como a questão do aborto.

Esta atuação do STF gera inúmeros debates a respeito de sua legitimidade, ocasionando grandes controvérsias sobre um suposto viés ativista do STF, já que o grau de legitimidade democrática deste órgão é diminuto, assim como uma possível afronta ao Estado democrático de direito. Streck⁵ (2013, p. 114-115) reflete sobre essas questões e afirma que

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

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

No entanto, em que pese a existências de opiniões contrária, certo é que o STF tem se posicionado sobre as grandes questões da sociedade brasileira, seja sobre utilização de células troncos ou utilização de *canabbis* para fins medicinais, sendo inviável somente a crítica desta atuação, mas competindo aos estudiosos do direito constitucional a busca das razões juridicamente relevantes para buscar legitimar esta atuação que, inevitavelmente, tem ocorrido no ordenamento jurídico brasileiro muito mais por inércia dos demais poderes do que por uma vontade própria do STF, eis que não pode atuar de ofício, somente mediante provocação dos legitimados previstos pelo próprio texto constitucional.

Neste cenário, de ampla gama de competências, novas características à decisão judicial e inoperância dos demais poderes, adiciona-se os métodos hermenêuticos específicos para as normas constitucionais, cotidianamente aplicados pelos ministros do STF para superar inconstitucionalidades e impor a prevalência dos direitos fundamentais e dos valores contidos no texto constitucional, seja mediante aplicação desses direitos expressamente previstos, seja se utilizando da interpretação para alcançar novas proteções jurídicas que surgem com a evolução social e não se encontram previstas expressamente no texto constitucional. Sobre essa perspectiva leciona Georges Abboud (2016, p. 73)

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013, p. 114-115.

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

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

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

Soma-se a essa concepção tradicional, a atual eficácia das decisões judiciais em controle concentrado de constitucionalidade que permitem a regulamentação genérica e abstrata de uma questão decidida em tese, que se potencializa com o efeito vinculante e sua eficácia *erga omnes*, conforme alhures mencionado. Sobre essas características, importante é o escólio de Teori Zavascki⁷ (2012, p. 63)

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

Reforça-se, ainda, o argumento de decisões judiciais como norma jurídica, a atual sistemática contida no Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 927, CPC, que prevê,

⁶ ABOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016, p. 73.

⁷ ZAVASCKI, Teoria Albino. Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012, p. 63.

dentre inúmeras decisões judiciais vinculantes, serem de observância obrigatória as decisões de controle concentrado de constitucionalidade.

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

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

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

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

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

Sobre a interpretação constitucional importante é a constatação de Barroso⁸ (2014, p. 347-348)

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

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7 ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

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

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

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

Bastos⁹ (2014, p. 189) menciona esta faceta criativa da interpretação constitucional e afirma que

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

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

Todavia, em que pese recomendável e, por vezes, salutar, essa atuação deve encontrar limites sob pena de se tornar ilegítima. Nesse sentido é posicionamento de Reyes¹⁰ (2020, p. 15).

⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 4 ed. São Paulo : Malheiros, 2014.

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

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

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

Portanto, demonstrado o atual estágio da jurisdição constitucional e os seus principais instrumentos, bem como mencionando a existência de limites, examina-se de forma específica a atuação do Supremo Tribunal Federal na efetivação e concretização dos direitos fundamentais da comunidade LGBTQI+ por intermédio da ADO 26 e o MI 4.733.

2. A ADO 26 e o MI 4.733.

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

Todavía, em razão dos limites deste ensaio, aborda-se, somente, os instrumentos processuais pertinentes ao combate às omissões constitucionais, ou seja, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

¹⁰ REYES, Manuel Aragón. El futuro de la justicia constitucional. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional : Centro de Estudios Políticos e Constitucionales. Madrid. V. 1. N. 23. 2019, p. 15.

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

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

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

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

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

Existem duas razões para a criação do mandado de injunção, instrumento originalmente brasileiro, e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A primeira delas é a coexistência dos modelos americano e europeu no ordenamento jurídico, mas a principal diferença reside nos efeitos de cada um desses instrumentos processuais.

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

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

Assim, diante da mora do Legislativo, a jurisprudência adotou a teoria concretista ao Mandado de Injunção, já aplicada pelo STF, antes da vigência da lei 13.300/2016.

Essa teoria consiste em possibilitar que o Poder Judiciário, diante das omissões inconstitucionais, conceda eficácia à norma constitucional ante à falta de regulamentação legal, conforme se constata do art. 8º, II, Lei 13.300/16.

Sobre os efeitos da decisão do mandado de injunção são os ensinamentos de Abboud¹¹ (2016, p. 356)

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

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

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

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

Neste sentido é a posição de Bernardo Silva de Seixas¹² (2016, p. 168-169)

¹¹ ABBoud, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016, p. 356.

¹² SEIXAS, Bernardo Silva. Inconstitucionalidade Por Omissão : A Proteção da Constitucionalidade contra o Silêncio do Legislador. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016, p . 168-169.

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

Essa possibilidade de regulamentação de omissão inconstitucional através da teoria concretista do Mandado de Injunção, permitiu que o STF por meio do MI 4.733 regulamentasse a ausência de norma específica para os crimes que envolvem preconceito em decorrência da orientação sexual.

Esse ato de natureza judicial ocasionou a criminalização da homotransfobia até que o Congresso Nacional edite uma norma regulamentadora, tendo equiparado os atos de repulsa aos homossexuais e transgêneros ao crime de racismo, previsto na Lei 7.716/1989, eis que aqueles atos se enquadram como uma conduta de racismo social.

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

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

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

Diferentemente do MI que é cabível para tutelar a falta de regulamentação de direitos fundamentais de forma restrita aqueles que participaram da demanda, já que é um instrumento do controle difuso de constitucionalidade, a ADO é utilizada para realizar o apelo ao legislador, ou seja, cientificá-lo de sua morosidade e que possa exercer suas competências constitucionais.

Dessa forma, diante da inércia do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização da homotransfobia, o Partido Popular Socialista, ajuizou a ADO 26 que foi

julgada em conjunto com o MI 4733, ante a maior amplitude da decisão injuncional, eis que o art. 8, Lei 13.300/16 permite uma maior regulamentação pelo órgão do Poder Judiciário.

Por este motivo, a ADO 26 teve como objetivo o reconhecimento formal por parte do STF da falta de regulamentação que protege criminalmente o grupo social LGBTQI+.

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

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

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

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

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

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

Sobre Omissão Inconstitucional é o escólio de Jorge Miranda¹³ (2012, p. 406)

O juízo de inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei: nenhuma omissão pode ser descrita em abstrato, mas somente em concreto, balizada entre determinados factos, estes de sinal positivo. A ausência ou insuficiência na norma legal não pode ser separada de determinado tempo histórico, assinalado pela necessidade de produção legislativa, e cuja duração, maior ou menor, será

¹³ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional : Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 4ª Ed. Coimbra : Coimbra, 2012, p. 406.

prefixada - muito raramente - pela própria Constituição ou depende da natureza das coisas ou seja, de natureza da norma constitucional não exequível por si mesma confrontada com a situação da vida que esteja a verificar-se à sua margem (inclusive, a situação que, à sua margem, seja por acção, o legislador ordinário a criar).

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

O exame do quadro delineado nos presentes autos evidencia a existência, na espécie ora em análise, denexo de causalidade entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e a configuração objetiva da ausência de provimento legislativo, de outro, cuja edição se revela necessária à punição de atos e comportamentos resultantes de discriminação ou de violência contra a pessoa em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero. A hipótese versada nesta ação constitucional traduz – como precedentemente enfatizado no douto parecer do Ministério Público Federal – uma típica situação de desrespeito à Lei Fundamental, por omissão normativa unicamente imputável ao Congresso Nacional, eis que – decorridos mais de trinta (30) anos da promulgação da Carta Política –, esta, no que concerne à discriminação contra homossexuais e transgêneros, ainda não constituiu objeto da necessária regulação legislativa viabilizadora da proteção penal a ser dispensada aos integrantes da comunidade LGBT.¹⁴ (BRASIL, 2019).

Percebe-se, portanto, que ocorreu uma conjunção de dois fatores para a ocorrência da inconstitucionalidade por omissão, primeiro a ordem expressa da Constituição para coibir atos discriminatórios e, por fim, a inegável omissão do Poder Legislativo em exercer sua função típica e abusar do poder lhe conferido pela Constituição em regulamentar as normas constitucionais, eis que já se passaram mais de trinta anos da promulgação do texto constitucional e ainda não existe uma legislação penal criminalizadora de conduta transfóbica.

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

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

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26. Relator Celso de Mello. Diário de Justiça n. 01/07/2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 27 MAI 2020.

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

A função de legislador negativo é abordada por Seixas¹⁵ (2016, p. 51-52) da seguinte maneira:

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

De fato, mesmo que a utilização de instrumentos normativos pelo Supremo Tribunal Federal possa existir uma semelhança à atuação do legislador, ante a possibilidade de ampliação e interpretação analógicas das normas jurídicas, o exercício de função normativa de forma positiva pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário é vedado não se configurando a atuação do STF na aplicação e interpretação da norma constitucional como uma função legislativa, eis que afrontaria o postulado da separação de poderes e, ainda, no caso específico da criminalização da transfobia, o princípio constitucional que somente reserva a lei em sentido estrito a possibilidade de tipificar penal determinada conduta da sociedade.

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

Não cabe, pois, ao Poder Judiciário atuar na anômala condição de legislador positivo [...], para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema

¹⁵ SEIXAS, Bernardo Silva. Inconstitucionalidade Por Omissão : A Proteção da Constitucionalidade contra o Silêncio do Legislador. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016, p . 168-169.

constitucional, só podem ser validamente definidos pelo Parlamento. Com efeito, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. [...] por oportuno, que a reserva de lei [...] traduz postulado revestido de função excludente, de caráter negativo (que veda, nas matérias a ela sujeitas, como sucede no caso ora em exame, quaisquer intervenções, a título primário, de órgãos estatais não legislativos) [...]¹⁶. (BRASIL, 2019)

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

[...] figuram como categoria de sentença manipulativas. Segundo a doutrina, às clássicas funções de valoração (declaração do valor negativo do acto inconstitucional), pacificação (força de caso julgado da decisão de inconstitucionalidade) e ordenação (força erga omnes da decisão de inconstitucionalidade) juntar-se-ia, também, a função de reparação ou de restauração correctiva da ordem jurídica afectada pela decisão de inconstitucionalidade¹⁷.

Esta modalidade de sentença possui a peculiar função de permitir novas hipóteses de incidência para normas que originalmente não se destinavam a regular a questão suscita ao Poder Judiciário, ou seja, o legislador produz a norma para determinado fato jurídico, todavia, não regulamenta fatos jurídicos semelhante ou análogo, seja por posição política ou ausência de debate no processo legislativo, circunstância que ao se prolatar uma sentença aditiva, é possível a regulamentação do omissis, mediante aplicação de uma legislação então vigente.

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

As razões ora expostas bem demonstram que a interpretação veiculada neste voto, por meramente adequar, mediante reconhecimento de sua identidade

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26. Relator Celso de Mello. Diário de Justiça n. 01/07/2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 27 MAI 2020.

¹⁷ MORAIS, Carlos Blanco. As Sentenças com Efeitos Aditivos. In Morais, Carlos Blanco. As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional : Estudos Luso-brasileiros de Direito Público. Lisboa : AAFDL, 2009, p. 26.

conceitual, comportamentos homofóbicos e transfóbicos à norma de tipificação penal que define a prática do racismo, permitem constatar que referidas condutas ilícitas ajustam-se à noção de racismo em sua dimensão social, não havendo que se cogitar, por isso mesmo, da existência, no caso, de sentença desta Corte Suprema que se qualifique como provimento jurisdicional de caráter aditivo. Inacolhível, portanto, a alegação de que a decisão do Supremo Tribunal Federal a ser proferida no caso presente qualificar-se-ia como sentença aditiva, conforme sustenta o Senado Federal, pois, na realidade, está-se a utilizar o modelo de decisão de caráter estritamente interpretativo, sem que se busque reconstruir, no plano exegético, a própria noção de racismo, cujo sentido amplo e geral já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em relevantíssimo precedente (“caso Ellwanger”), que observou, na espécie, o próprio sentido que emergiu dos debates travados no seio da Assembleia Nacional Constituinte [...]. (BRASIL, 2019).¹⁸

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

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

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

Ora, a interpretação conforme a Constituição é um mecanismo específico das normas constitucionais, sendo autônomo em relação aos métodos tradicionais de interpretação das regras, não havendo, no atual estágio do constitucionalismo, quem impeça qualquer órgão do Poder Judiciário de exercer a interpretação, eis que há muito tempo deixou-se de aplicar a crença limitante de que os juízes são meras bocas de lei.

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

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26. Relator Celso de Mello. Diário de Justiça n. 01/07/2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 27 MAI 2020.

Sobre a interpretação conforme a constituição Malfatti, Panizza e Romboli¹⁹ (2013, p. 333-334)

Il riconoscimento in capo ai giudici comuni del potere di interpretazione conforme ossia di interpretare la legge alla luce dei principi costituzionali, discende direttamente dalla natura normativa della costituzione. Esigenze legalle alle condizioni storico-politiche del momento, alla non ancorar acquisita sensibilità costituzionale della magistratura, alla necessità di realizzare un determinato modello di giustizia costituzionale, hanno condotto, in una prima fase, a suggerire l'accentramento dell'attività di interpretazione conforme in capo alla corte. Questa [...] ha ritenuto di sollecitare, con sempre maggiore insistenza, una presenza attiva dei giudici non solo nel momento propositivo, ma anche in quello risolutivo dei problemi di costituzionalità, attraverso l'utilizzo appunto dell'interpretazione conforme. Il richiamo al diritto vivente aveva già indubbiamente subito, oggettivamente, una perdita di significato a seguito dell'avveunuta eliminazione dell'arretrato e della possibilità quindi che in certi casi la Corte si trovasse a decidere su leggi appena approvate, sulle quali pertanto non si era potuto formare una giurisprudenza, tanto meno consolidata, nonché in conseguenza dei confini sempre abbastanza vaghi della sua definizione, per cui ne era derivato, in capo alla Corte, un ampio margine di discrezionalità [...].

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

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

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

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

¹⁹ MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. Giustizia Costituzionale. Torino : G. Giappichelli, 2013, p. 333-334.

A identidade fundamental que evidencia a correlação entre a homofobia (e a transfobia) e o racismo torna-se ainda mais acentuada se se considerar que tanto no plano internacional (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial) quanto na ordem positiva interna (Estatuto da Igualdade Racial) os critérios que identificam a discriminação racial resultam da conjugação de dois fatores presentes em ambas as situações: a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada. Na verdade, o exame do conteúdo material dos estatutos internacionais que integram o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos – Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Declaração de Durban e Programa de Ação (2001) entre outros – revela que a comunidade internacional elegeu o termo racismo como expressão que designa, sob o mesmo signo, todas as formas de discriminação e de intolerância que, representando a negação da igualdade e da dignidade que qualificam os seres humanos, fomentam o ódio e a divisão entre grupos sociais. [...] (BRASIL, 2019)²⁰.

Assim, ao se aplicar a interpretação conforme à constituição e interpretando a palavra racismo de forma a englobar inúmeras condutas sociais discriminatórias, não se restringindo o racismo à questões fundadas em critérios antropológicos ou biológicos que se chegou ao denominado racismo social.

Entendo, [...] que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei no 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero. A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de “raça” – traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas. (BRASIL, 2019).²¹

Portanto, o STF chegou à conclusão e fundamentou sua decisão em uma interpretação legitimamente possível do vocábulo racismo, vez que é possível depreender e incluir nesta

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26. Relator Celso de Mello. Diário de Justiça n. 01/07/2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 27 MAI 2020.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26. Relator Celso de Mello. Diário de Justiça n. 01/07/2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 27 MAI 2020.

palavra, além dos atos decorrentes da raça ou origem de uma pessoa, os atos que segregam determinado grupo vulnerável em virtude do gênero, caracterizando o denominado racismo social.

Ainda, não se pode alegar qualquer vício de discricionariedade na escolha da melhor forma de interpretar o núcleo do tipo penal, pois da interpretação legitimamente possível, conjugando-se com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o objetivo da República Federativa do Brasil na criação de uma sociedade justa, livre e solidária, comprometida com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação é constitucionalmente possível a criminalização da transfobia com aplicação da lei 7.716/89.

Conclusão.

As problemáticas que orientaram esse trabalho foram: qual foi o método de interpretação constitucional utilizado pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADO 26 e MI 4.733? Qual a razão de decidir que legitimou a decisão do Supremo Tribunal Federal ao criminalizar penalmente a conduta transfóbica? Houve, de fato, a criação de um novo tipo penal por decisão judicial?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ainda não há como comparar ou equiparar a decisão judicial proferida nas ações constitucionais ao ato normativo primário genérico e abstrato oriundo do Poder Legislativo, logo não se sustentam os argumentos que a decisão judicial do STF tenha afrontado o princípio da separação de poderes, pois não houve criação de norma penal via decisão judicial com aplicação de interpretação judicial, mas, tão somente, a compatibilidade de uma conduta

social, denominado racismo social, que afronta direitos fundamentais e viola a dignidade humana, sendo, portanto, legítimo constitucionalmente, a conduta adotada pelo Supremo Tribunal Federal, eis que atuando como última trincheira da cidadania, visa a preservação e proteção da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4 ed. São Paulo : Malheiros, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 03 MAI 2020.

_____. **Lei Federal n. 13.300 de 23 de Junho de 2016**. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em 03 MAI 2020.

_____. **Lei Federal n. 7.716 de 05 de Janeiro de 1989**. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em 03 MAI 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26. Relator Celso de Mello**. Diário de Justiça n. 01/07/2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 27 MAI 2020.

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. **Giustizia Costituzionale**. Torino : G. Giappichelli, 2013.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A Decisão no Controle de Constitucionalidade**. São Paulo : Método, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional : Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição**. 4º Ed. Coimbra : Coimbra, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco. **As Sentenças com Efeitos Aditivos**. In Morais, Carlos Blanco. **As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional : Estudos Luso-brasileiros de Direito Público**. Lisboa : AAFDL, 2009.

REYES, Manuel Aragón. **El futuro de la justicia constitucional. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional** : Centro de Estudios Políticos e Constitucionales. Madrid. V. 1. N. 23. 2019. Disponível em : <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/73075>. Acesso em : 03 MAI 2020.

REYES, Manuel Aragón. **Estudios de Derecho Constitucional**, 2 ed. Madrid, 2009.

SEIXAS, Bernardo Silva. **Inconstitucionalidade Por Omissão : A Proteção da Constitucionalidade contra o Silêncio do Legislador**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional : Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade**. Coimbra : Almedina, 2012.

ZAVASCKI, Teoria Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012.