XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ALOÍSIO ALENCAR BOLWERK

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

H553
Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Aloísio Alencar Bolwerk
Marcus Firmino Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2019.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-816-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).
CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conpedi aconteceu em Goiânia, GO, entre os dias 19 e 21 de junho de 2019. Esta foi mais uma oportunidade única para que professores, pensadores e pesquisadores do Direito se reunissem para trocar ideias, aprender e ensinar. O Conpedi se reafirma como um rico e inigualável espaço de convivência livre e plural, onde as mais variadas inquietudes podem ser discutidas abertamente, sem patrulhamento ideológico e com absoluto respeito pela diversidade de opiniões.

O GT Hermenêutica Jurídica, traduzindo o espírito norteador do Conpedi, recebeu autores oriundos de todas as regiões brasileiras, vinculados a instituições públicas e privadas, alguns ainda iniciando seus estudos na pós-graduação, outros já titulados, todos imbuídos do mesmo propósito de questionar, pesquisar e aprender.

Os estudos apresentados se situaram em torno de quatro eixos principais. Uma visão hermenêutica teórica foi trazida pelos artigos 'Reduções e abrangência da hermenêutica jurídica'; 'Hermes é brasileiro: metafísica, hermenêutica jurídica e exceção'; e 'A importância do texto constitucional no processo de positivação de normas'. Em todos, ideias de autores como Gadamer, Agamben e Streck foram usadas com grande desenvoltura, demonstrando amplo domínio e capacidade analítica.

O debate sobre direitos fundamentais permeou os textos 'A hermenêutica dos direitos fundamentais aplicada à liberdade de expressão: a pseudoproporcionalidade na jurisprudência e o porquê de nos afastarmos da mera subsunção'; 'A hermenêutica jurídica na perspectiva da tensa relação entre congresso nacional e supremo tribunal federal para efetivação de direitos fundamentais: ADO 26 e MI 4733 e a criminalização da homotransfobia'; e 'Análise sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em conflito com o princípio da dignidade humana, sob o olhar da hermenêutica jurídica'. Nestes, questões práticas e atuais foram analisadas à luz de teorias interpretativas variadas, em uma rica combinação de escolas de pensamento.

O processo judicial e, em especial, as diversas dúvidas trazidas pelo novo sistema de precedentes incorporado pelo Processo Civil foram contemplados nos artigos 'A força hermenêutica e a vinculação dos precedentes'; 'A hermenêutica isomêmica e a teoria neoinstitucionalista do processo: conjecturas para legitimidade na construção de provimentos

no paradigma do estado democrático de direito'; e 'A contribuição hermenêutica na determinação do limite da discricionariedade nas decisões judiciais'. O papel do Judiciário, as expectativas acerca da atuação dos juízes, o equilíbrio nas relações processuais, são exemplos de diferentes questões práticas diretamente relacionadas à busca por uma decisão justa, este norte que desde sempre se coloca como um desafio a ser perseguido por todos os atores envolvidos nas relações jurídicas.

Por fim, de forma conexa com o eixo temático anterior, a relação entre poderes e o papel do Judiciário é abordado no artigo 'Hermenêutica e jurisdição constitucional: reflexão sobre os paradigmas fundantes das comissões parlamentares de inquérito'.

Uma interessante variedade de temas, todos atuais e fortemente relevantes, esteve presente na reunião do GT Hermenêutica Jurídica e agora está à disposição dos leitores que tiverem acesso a este caderno de anais, que o Conpedi disponibiliza de forma aberta, democratizando o conhecimento jurídico.

Boa leitura!

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Prof. Dr. Aloisio Alencar Bolwerk - Universidade Federal do Tocantins - UFTO

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A HERMENÊUTICA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TENSA RELAÇÃO ENTRE CONGRESSO NACIONAL E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ADO 26 E MI 4733 E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA

LEGAL HERMENEUTICS AND THE TENSE RELATIONSHIP BETWEEN THE NATIONAL CONGRESS AND THE FEDERAL SUPREME COURT FOR THEENFORCEMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS: ADO 26 AND MI 4733 AND THE CRIMINALIZATION OF HOMOTRANSPHOBIA

Claudine Rodembusch Rocha
Henrique Alexander Grazzi Keske

Resumo

O presente artigo expõe as controvérsias relativas às recentes decisões de Ministros do Supremo Tribunal Federal, acerca da ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO 26 e mandado de injunção – MI 4733, que tratam da possibilidade de criminalização da homotransfobia, por equiparação ao crime de racismo. Essa questão de fundo se apresenta como forma de abordar a tensa relação entre os poderes legislativo e judiciário, sob a perspectiva da hermenêutica jurídica, para a efetivação de direitos e garantias fundamentais. Valeu-se, para tanto, de pesquisa doutrinária e análise jurisprudencial.

Palavras-chave: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26, Controle de constitucionalidade, Hermenêutica jurídica, Mandado de injunção 4733, Poderes do estado

Abstract/Resumen/Résumé

This article presents the controversies regarding the recent decisions of Ministers of the Federal Supreme Court regarding the direct unconstitutionality action for omission - ADO 26 and injunction - MI 4733, which deal with the possibility of criminalization of homotransphobia, by equating it with the crime of racism. This fundamental question is presented as a way of addressing the tense relationship between the legislative and judicial branches, from the perspective of legal hermeneutics, for the realization of fundamental rights and guarantees. It was worth, for that, of doctrinal research and jurisprudential analysis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionality control, Direct action of unconstitutionality by omission 26, Injunction 4733, Legal hermeneutics, Powers of the state

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Na obra Verdade e Método, em que Gadamer estabelece os traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, encontra-se um capítulo inteiro destinado ao significado paradigmático da hermenêutica jurídica, em que se estabelece uma espécie de percurso histórico acerca da autocompreensão que a própria hermenêutica elaborou para si mesma, desde as primeiras considerações, que a colocavam como mero método interpretativo de textos dados; e, no caso em comento, esse texto se refere à lei, até transformar-se em uma teoria geral da compreensão, baseada, sim, na interpretação dos textos, mas indo mais além desse propósito inicial. Dessa forma, no caso específico da hermenêutica jurídica, esta interpretação se encontrava cingida por outra especificidade da produção do Direito, que define como dogmática jurídica, ou seja, a aplicação fixada de determinado entendimento como padrão necessário do enquadramento dos fatos às normas. (GADAMER, 2004, p. 426).

Logo, ao tratar da especificidade da hermenêutica jurídica, se estabelece o confronto entre duas de suas possibilidades interpretativas, quando da aplicação das normas, infundidas por seu caráter de historicidade, ou seja, em dado momento, obedecendo a certa tradição cultural, os institutos jurídicos e normas se estabelecem no seio de determinada sociedade, com a finalidade de fazer frente a certas demandas sociais, mas, em função da própria dinâmica social, não se fixam com as concepções que lhe deram origem; e, ao contrário, desenvolvem outras possibilidades compreensivas acerca de si mesmas e dos próprios fatos aos quais se dirigiram, originariamente. Aqui é que se apresentam os métodos consagrados de interpretação, seja histórico, ou histórico-evolutivo, que estão, entretanto, para além de evidenciar o caráter de historicidade dos institutos jurídicos, pois que estabelecem uma diferença fundamental quando da aplicação das normas, de tal forma que:

> O jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de determinado caso dado. O historiador jurídico, ao contrário, não parte de nenhum caso concreto, mas procura determinar o sentido da lei, visualizando, construtivamente, a totalidade do âmbito de aplicação da lei. É só no conjunto dessas aplicações que o sentido de uma lei se torna concreto. Para determinar o sentido originário de uma lei, o historiador não pode contentar-se, portanto, em expor a aplicação originária da lei. Enquanto historiador, ele deve contemplar, também, as mudanças históricas pelas quais a lei passou. Sua tarefa será a de intermediar compreensivamente a aplicação originária da lei com a aplicação atual. (GADAMER, 2004, p. 428).

Agora, se dessa forma se estabelece um grave problema quando da aplicação da norma jurídica e que diz respeito à historicidade que lhe deu origem, bem como à recepção crítica de

sua compreensão, quando do momento de aplicação aos casos concretos que devam ser nela enquadrados, confirmando, assim, a finalidade para a qual fora concebida, o que já seria uma demanda interpretativa significativa; maior e mais complexo se torna o problema quando a demanda social não é atendida pelo legislador, ou seja, quando a norma jurídica sequer existe, a despeito dos fatos sociais que, em sua concretude histórica, se manifestam e exigem a contínua aplicação de alguma norma, para não permitir graves ameaças e mesmo violação de direitos, ao não abrigar sob proteção jurídica, esses fatos deixados a descoberto. Para dar conta dessa circunstância, é que surgem os métodos comparativos das normas entre si, como analogia e recursos às interpretações extensivas, por exemplo, em que se procura dar cobertura de uma norma, que não trata, especificamente, do caso concreto, mas que interpretativamente passa a ser aplicado, em função de ausência legislativa.

Entretanto, o recurso hermenêutico em comento diz respeito, precisamente, à tarefa do legislador constitucional originário, ao prever possibilidades de superação da omissão legislativa, para que o julgador possa estender a proteção jurídica sobre os fatos que a referida omissão deixou a descoberto. E é nesse passo que entra a questão fundante da hierarquia das leis, em que se destacam, sobre todas as demais construções jurídicas do ordenamento, as normas e princípios da Carta Política, como constructos originários e dotados de poder originante de normas, cujos mandamentos se encontram expressos no próprio texto, como normas programáticas, ou cujo sentido se deva depreender da própria hermenêutica aplicada de acordo com a interpretação que emana da Constituição, por ela mesma, ou seja, quando se foca o sentido estabelecido pelo legislador originário. Por conta disso:

> É verdade que o jurista sempre deve ter em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deva ser aplicado. E para determinar com exatidão esse conteúdo, não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário; e é por isso que o intérprete jurídico leva em conta o valor posicional histórico atribuído a uma lei em virtude do ato legislador. No entanto, ele não pode prender-se ao que informam os protocolos parlamentares sobre a intenção dos que elaboraram a lei. Ao contrário, deve admitir que as circunstâncias foram mudando, precisando, assim, determinar, de novo, a função normativa da lei. (GADAMER, 2004, p. 429).

Eis, então, o sentido que sustenta, tanto o mandado de injunção, quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, haja vista o fato de os julgadores, no caso, os integrantes do Tribunal Constitucional, chamarem a si, quando instados a fazê-lo, a tarefa de estender a proteção jurídica sobre fatos sociais pungentes, que foram, entretanto, deixados a descoberto pelo legislador ordinário, em desacordo com os mandamentos constitucionais; e, logo, do legislador originário, cujo fundamento máximo foi o de impedir, por exemplo, quaisquer formas

de discriminação, ao estabelecer como norma-princípio fundante de todo o ordenamento, a dignidade da pessoa humana, que a todos inclui, com máxima abrangência. Assim, se o ato legislador ordinário negligencia a edição de normas reguladoras de determinadas demandas sociais, o legislador constituinte originário é que concede ao julgador o poder de, agora, determinar, de novo, aquela função normativa originária, olvidada pelas leis ordinárias. Mesmo que se estabeleçam tensas relações entre os poderes do Estado, em sua função legislativa e julgadora, o que pretendeu o legislador constitucional foi o de prever tal impasse, na medida em que futuros protocolos parlamentares negligenciassem certas demandas em detrimento de outros entendimentos políticos e, assim, deixassem a descoberto da proteção jurídica os destinatários precípuos de todo o ordenamento, ou seja, a todos aqueles a quem reconhece a plena dignidade como pessoas humanas.

A seu turno, a segurança jurídica que, como fundamento, sustenta, igualmente, o Estado de Direito, como firmado na Constituição, implica, por sua vez, que as decisões judiciais não sejam tomadas diante de arbitrariedades imprevisíveis, mas, sim, enquanto uma tarefa de complemento da produtividade jurídica, no momento da aplicação, ainda mais quando a omissão legislativa foi o que causou a ausência da norma e, em consequência, a desatenção de demandas que exigem a concretude de direitos na ordem social. Nesse sentido, ordem jurídica não diz respeito somente às normas, tecnicamente concebidas pelo legislativo, mas às decisões judiciais, chamadas a se pronunciarem sobre determinado caso concreto. E é precisamente aqui que a hermenêutica jurídica deixa de ser apenas um método acessório, para converter-se em produtora do fenômeno jurídico. Da mesma forma, podemos, com Gadamer, retomar a discussão acerca da dogmática jurídica, com seus constructos prefixados e a tarefa que a própria hermenêutica reserva para si, em um conceito de ordem jurídica mais abrangente, haja vista que:

> Não obstante, a única pertença à lei que se exige aqui é a de que a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos, sem exceção. Por isso, a princípio, sempre é possível conceber como tal a ordem jurídica vigente, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica feita à lei. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. A ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação. (GADAMER, 2004, p. 433).

Ademais e naquilo que impacta a discussão do presente artigo, há que se levar em conta que, em um processo democrático, como o que se firma no texto constitucional, as normas jurídicas emanam do poder legislativo, formado, entretanto, por representação parlamentar, que

constitui o traço de decisões majoritárias. Porém, nem todos os grupos sociais que integram e interagem no seio de nossa sociedade logram o êxito de uma tal representação popular, via eleições, o que significa não serem representados, nem contarem com representação política nos Parlamentos e, logo, não disporem, a princípio, de interesse, por parte dos legisladores, em elaborar leis que venham a protegê-los, de forma mais direta, ou de, pelo menos, de legislar em defesa da concreção de certos direitos que, assim, ficam como que relegados à margem das discussões político-legislativas, condenando tais grupos à condição de vulnerabilidade. Assim, é no sentido mais amplo de ordem jurídica que a hermenêutica visa cumprir com a tarefa de proteção de tais grupos, inclusive possibilitando se reelaborar, através de decisões judiciais, quaisquer elementos da própria dogmática jurídica que tenham sido elaborados a partir de normas e, mais ainda, da ausência delas, no sentido de suprir a omissão legislativa e, dessa maneira, estender a proteção de toda a ordem jurídica, sem exceção, a quaisquer desses grupos vulneráveis. Eis a base para se poder afirmar o caráter contramajoritário de muitas decisões que venham a ser tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, mormente quando o caráter majoritário da representação política deixou tais grupos vulneráveis a descoberto de uma proteção jurídica mais efetiva.

2. A ADO 26 E O MANDADO DE INJUNÇÃO 4733: CONTROVÉRSIAS

O propósito que motivou o presente artigo foi o de tematizar acerca do julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) de dois processos em que se discute se há omissão legislativa para a edição de leis que criminalizem a homofobia: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, cujo relator é o Ministro Celso de Mello; e o Mandado de Injunção (MI) 4733, de relatoria do Ministro Edson Fachin. Entretanto, para se dar conta do objetivo proposto, de pronto, cabe esboçar, conceitualmente, os sentidos e significados de tais mecanismos constitucionais.

Nesse sentido, no escopo perseguido pelo presente artigo, de tratar o tema sob a perspectiva da hermenêutica jurídica, o pressuposto básico da ação direta de inconstitucionalidade por omissão reside, de pronto, no fato de que ações deste tipo não estão expressamente previstas no texto constitucional, de forma que sua pertinência é depreendida da interpretação conjunta dos Arts. 102 e 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal, que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade e preveem a possibilidade de inconstitucionalidade por omissão. A própria Lei 9.868/99, que regula a ADIn, é que foi alterada pela Lei 12.063/09, que, assim, introduziu uma regulamentação específica da ADO, cujo fundamento repousa,

igualmente, na condição de que órgãos administrativos que são responsáveis por implementar atos administrativos para a concretização das normas constitucionais e que permaneceram omissos quanto ao seu dever, se enquadrem nessas especificações. Portanto, nesses casos, quando o legislador, mas também algum órgão administrativo permanece na inércia quanto a um dever expresso na Constituição de implementar algum ato administrativo ou normativo, a fim de concretizar as normas e atribuições constitucionais, pode ser instaurada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Por conta disso:

> A interpretação sistemática da Constituição Federal com a Lei 9.868/99 permite, somado ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, definir como objeto da ADO aquelas omissões que impedem a efetivação dos comandos constitucionais, ou seja, são obstáculos para a concretização da norma constitucional. Ademais, a omissão corresponde ao não cumprimento de um dever expresso da Constituição de legislar, que difere da faculdade de elaboração normativa. É necessário ressaltar, ainda, que se configura como inconstitucional apenas a ausência de norma regulamentadora que deveria ter sido elaborada conforme manifestação expressa da Constituição, e não o caráter oportuno ou não na norma que foi editada. (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 93)

Esse enfoque hermenêutico é ressaltado pelas características definidas como necessárias para que caiba este tipo de ação, que se insere no contexto do controle de constitucionalidade, de forma se que pode ainda afirmar:

> Para que seja possível aplicar essa definição mais abrangente, é necessário que o ordenamento jurídico apresente três características principais. Primeiramente, a sua organização deve ser hierárquica, ou seja, com normas dotadas de superioridade em relação às demais. A Constituição apresenta-se, assim, tanto como parâmetro de controle, sendo utilizada como referência para analisar a constitucionalidade de uma norma, como também objeto de proteção do controle, uma vez que este é realizado com o intuito essencial de preservar a supremacia constitucional. Além disso, deve haver uma autoridade estatal que atue como guardião da Constituição, visando sempre a sua proteção. Por fim, essa autoridade deve ter a competência de examinar a compatibilidade dos demais dispositivos do ordenamento jurídico com a Constituição, isto é, ela deve verificar a relação entre o parâmetro do controle com o seu objeto, atestando ou não a sua conformidade. (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 82)

Assim, sem a pretensão de aprofundar a discussão acerca do tópico que concerne ao controle de constitucionalidade em si, mas para fixação conceitual da própria ADO, importante ressaltar que se faz, assim, necessária

> [...] a relação que se estabelece entre uma coisa - a Constituição - e outra coisa - um comportamento - que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido. Dessa forma, o controle de constitucionalidade envolve uma comparação, cujo parâmetro é a Constituição e o objeto são os atos normativos. (MIRANDA, 2012, p.273).

Leia-se aqui, ato normativo, em sentido amplo, ou seja, relativo a toda a atividade normativa do Estado. Portanto, se estamos diante de um mandamento constitucional de legislar e o legislador não implementa esses dispositivos normativos, se está, logo, diante da referida omissão, de maneira que a circunstância hermenêutica se forma, precisamente, pela necessidade de se definir, aqui, o sentido compatível, cabível, ou não, em relação ao texto da Constituição.

Nesse sentido, o Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal, em 13.02.2019, ao noticiar o julgamento de forma conjunta, tanto da ADO 26, quanto do MI 4733, afirmou, em relação às ações diretas de inconstitucionalidade que:

> A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa tornar efetiva uma norma constitucional e dar ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias. A Lei 12.063/2009, que disciplina a tramitação da ADO, inseriu dispositivos na Lei 9.868/1999 (Lei das ADIs). Os legitimados para ajuizar ADO são os mesmos autorizados a apresentar ADI. São eles o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governadores; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partidos políticos com representação no Congresso Nacional; e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. (PORTAL DE NOTÍCIAS STF, 2019)

A seu turno, o Mandado de Injunção surge a partir do entendimento do legislador constitucional em resolver uma questão de ordem prática, ou seja, o de dar efetividade às normas programáticas da Constituição, para que, constantes de mandamento expresso na Carta Política, estas não permanecessem como letra morta, isto é, sem que lei ordinária disciplinasse as condições específicas de sua regulamentação. Nesse sentido, determinações constitucionais referentes, principalmente, aos direitos sociais e direitos e garantias fundamentais, insculpidos como normas no texto da Constituição, não se efetivavam por omissão do legislador em cumprir com o mandamento de estabelecer leis específicas sobre tais matérias. Nesse sentido, se posiciona José dos Santos Filho, como Assessor Judiciário do STF:

> O mandado de injunção é remédio constitucional destinado a sanar a ausência, total ou parcial, de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (artigo 2° da Lei 13.300/2016 e artigo 5°, LXXI, da Constituição). Em outros termos, trata-se de garantia destinada ao controle de omissões do poder público que visa à tutela de direitos constitucionais subjetivos cujo exercício é inviabilizado pela inércia legislativa. (SANTOS FILHO, 2017, p.1)

Na perspectiva da questão hermenêutica em comento, o próprio STF, tem evidenciado uma evolução da Jurisprudência quanto ao entendimento acerca da aplicabilidade e do alcance

do Mandado de Injunção, haja vista o pronunciamento do Ministro Teori Zavaski, por ocasião da cerimônia de sanção da lei que o disciplina, ocorrida, em 23.06.2016, nos seguintes termos:

> Foi incorporado, a esse rito sumário, o perfil de mandado de injunção traçado pela jurisprudência mais recente do STF, especialmente no que diz respeito à natureza e aos efeitos da decisão. Ao contrário do que inicialmente se entendia, a jurisprudência do STF, hoje, é no sentido de que o mandado de injunção deve ser considerado um instrumento que não se limita a recomendar ou a provocar a ação do legislador. Quando necessário, pode e deve ir mais além, para também garantir o exercício (e, às vezes, até a própria satisfação) dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados. (ZAVASKI, 2016, p.2)

A seguir, o Ministro não se furta à discussão da interdependência entre os Poderes Legislativo e Judiciário, ou seja, entre as funções legislativas e à prestação jurisdicional do próprio Estado, em cujo tema o Mandado de Injunção se insere, mas aponta que o novo entendimento, consubstanciado na norma sancionada se caracteriza, antes, não como um exemplo de conflito, senão, de equilíbrio nessa tensa relação, para preservar direito e garantias constitucionais e, assim, o próprio ordenamento como um todo, haja vista que:

> Não são poucas, bem se percebe, as dificuldades de acomodar num procedimento tradicional essa variada e múltipla tipologia de tutelas. É que a opção de conferir ao mandado de injunção o perfil normativo-concretizador, como faz o STF, importa, em boa medida, atribuir ao Judiciário uma atividade tipicamente legislativa, cujo resultado será uma decisão com especialíssimas características, a saber: (a) uma decisão com natural eficácia prospectiva, ou seja, com efeitos normalmente aptos a se projetar também para o futuro (o que não é comum nas sentenças em geral); (b) uma decisão que, por isso mesmo, fica sujeita, quando necessário, a ajustes em função de supervenientes modificações do estado de fato ou de direito; e, enfim, (c) uma decisão com natural vocação expansiva em relação às situações análogas, efeito esse que, aliás, também decorre e é imposto pelo princípio da isonomia, inerente e inafastável aos atos de natureza normativa. (ZAVASKI, 2016, p.02)

O problema hermenêutico, entretanto, aqui caracterizado, diz respeito, precipuamente, ao sentido de que cabe, então, ao Judiciário, de forma imediata, suprir a lacuna existente e assim tornar viável o exercício daqueles direitos e garantias constitucionais, insculpidos no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal; de maneira que, nesse ponto se chega à tensa relação que, assim, se estabelece, haja vista que os limites entre o fato de o Judiciário não exercer função normativa genérica; e, sim, aplicar o direito ao caso concreto, para somente desvelar a normatividade existente no dispositivo constitucional e, logo, remover possíveis obstáculos à sua efetividade, se torna complexo em sua precisão. Mesmo que se venha a afirmar que essas decisões tenham caráter satisfativo, visto que objetivam suprir, em situação concreta, a lacuna provocada pela não atuação por quem competia fazê-lo, isto não deixa de implicar na ingerência de um Poder do Estado sobre o outro. Por outro lado, é por conta disso que a Ação Direta de

Inconstitucionalidade por Omissão, se completa com o Mandado de Injunção, para não deixar a descoberto o pleno exercício, ou a efetivação desses direitos fundamentais, ou mesmo de evitar a ameaça discriminatória, por ventura, sofrida, por grupos minoritários e/ou vulneráveis, dentro do conjunto da sociedade, que se percebam alijados de sua efetivação e mesmo impedidos de seu pleno exercício, para que tais direitos se tornem concretude social, deixando a esfera das definições abstratas das normas; ou de maneira ainda mais grave, se tais normas não se confirmaram pelo Poder Legislativo do Estado.

Focado, precipuamente, no caso em comento, em 13.02.2019, o Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal, ao comentar acerca do julgamento conjunto, tanto da ADO 26, do MI 4733, afirmou, em relação ao Mandado de Injunção que:

> O mandado de injunção pode ser utilizado por qualquer pessoa ou entidade que venha a se sentir prejudicado por omissões na legislação que inviabilizem o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Entre os temas já julgados em mandados de injunção pelo STF estão o direito de greve de servidores públicos (MIs 670, 708 e 712) e a aposentadoria especial no serviço público. Os vários casos relativos a esse tema levaram o STF a editar a Súmula Vinculante 33, que determina a aplicação aos servidores públicos, no que couber, das regras do regime geral da previdência social sobre a matéria até a edição de lei complementar específica. (PORTAL DE NOTÍCIAS STF, 2019)

O problema hermenêutico, aqui tratado, tanto da ADO 26, quanto do MI 4733, não se limitou somente à discussão formal da propositura dos citados mecanismos de controle de constitucionalidade, mas, fundamentalmente, abordou as questões de mérito propostas, haja vista o teor das discussões de ordem moral suscitadas, notadamente, no que diz respeito às doutrinas morais-religiosas atinentes à sexualidade, daí terem sido aceitas como *amici curiae* um conjunto significativo de segmentos representativos da sociedade civil organizada. Nesse sentido, mesmo não se tendo a pretensão de discutir as condições específicas acerca de tal possibilidade processual, vale destacar que se consideram, enquanto tal, entidades capazes de assessorar a decisão a ser tomada pela Corte, trazendo informações, fatos e posicionamentos específicos acerca da matéria em discussão. Nesse sentido, cabe destacar que:

> É que a intervenção do *amicus curiae* não pode ser considerada mera intervenção de terceiros, considerando-se a previsão desse instituto no Código de Processo Civil. A razão de ser da figura do *amicus curiae* é pluralizar o debate, colocar em prática a adoção do princípio democrático, de maneira a permitir que outros órgãos ou entidades possam exercer o seu papel de partícipes nas decisões que apresentam relevância para a toda a sociedade. Dessa forma, estão legitimados a intervir na qualidade de *amicus curiae*, os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, previstos no art. 103 da Constituição, quando não atuarem

> como autores da mesma, ainda que tenha sido vetado o dispositivo que previa expressamente o seu ingresso. (ROSA, 2019, p. 03)

Por conta disso, no julgamento conjunto das ações em comento, inúmeras entidades representativas da sociedade civil organizada tiveram a oportunidade de, uma vez aceitas ao debate, pelo cumprimento das condições legais exigidas, poderem participar das discussões:

> Mais de 10 instituições foram admitidas como amici curiae – entidades que não são partes do processo, mas têm interesse na questão jurídica em discussão – e poderão se manifestar no julgamento. São elas a Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF); o Conselho Federal de Psicologia (CFP); o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU); o Grupo Gay da Bahia (GGB); o Grupo de Advogados pela Diversidade (GADvS); a Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure); a Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida; o Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; a Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas (Cobim); a Associação Nacional de Travestis e Transsexuais (Antra) e o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). (PORTAL DE NOTÍCIAS STF, 2019)

Na esteira das reações ao referido julgamento, não tardaram, também, as manifestações vindas do próprio Congresso Nacional, tanto no Senado Federal, quanto na Câmara dos Deputados, que responderam às decisões dos Ministros Relatores, no sentido de que:

> O Senado Federal se manifestou pela improcedência da ADO com base na legalidade penal, na separação dos Poderes e na independência do Poder Legislativo e defendeu sua competência jurídico-política para a matéria. Com relação ao MI, pede que se reconheça que não há demora por parte do Legislativo. No caso de acolhimento da ação, no entanto, pede que o Congresso Nacional seja notificado para suprir a lacuna sem a determinação de prazo. Ao se pronunciar na ADO, a Câmara dos Deputados informou que, em 23/11/2006, aprovou o Projeto de Lei 5.003/2001, que prevê sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual, e o encaminhou para a análise do Senado Federal. Em relação ao MI, afirmou que o caso não é de omissão inconstitucional nem de impedimento ao exercício dos direitos à liberdade e à igualdade das pessoas LGBT e que não há fundamento para a imposição de qualquer tipo de responsabilidade civil contra o Estado. (PORTAL DE NOTÍCIAS STF, 2019)

Entretanto, ambas as organizações que postularam seu pleito, tem a finalidade de obter do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento da omissão do Congresso Nacional e, logo, tanto da Câmara dos Deputados, quanto do Senado Federal, em legislar sobre a criminalização da homofobia e da transfobia, bem como para equipar essas práticas ao crime de racismo, enquanto não houver legislação específica sobre o tema. Ademais, ambos os postulantes afirmam que recorrem ao STF, para que este, a partir de decisão, venha a suprir a omissão legislativa em criar lei específica para punir atos de violência praticados contra os integrantes dessas outras posturas sexuais, enquadrando-os, então, como crimes de racismo, ou melhor, equiparando-os aos crimes de racismo, já previstos em norma positivada, até que o legislativo

promova lei específica com a finalidade de procurar reprimir ais discriminações e violências praticados.

3. OS VOTOS ATÉ ENTÃO PROFERIDOS

Retoma-se, agora, o propósito que motivou o presente artigo, como o de tematizar acerca do julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) de dois processos em que se discute se há omissão legislativa para a edição de leis que criminalizem a homofobia, como já referido, adentrando-se no âmbito próprio dos votos proferidos, em número de quatro até o presente momento e que, apesar de a sessão ter sido suspensa e, logo, de não se dispor de decisão concludente do Pleno da Corte, nesse sentido, já se pode valer dos votos proferidos para a discussão doutrinária proposta. Assim, na Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, ADO 26, o Partido Popular Socialista (PPS) pede que o STF declare a omissão do Congresso Nacional por não ter elaborado legislação criminal que puna todas as formas de homofobia e de transfobia. Segundo o partido, a conduta pode ser enquadrada como racismo, pois implica inferiorização da população LGBT, ou como discriminação atentatória a direitos e a liberdades fundamentais. A pretensão é exigir que os parlamentares votem lei sobre a questão, especialmente em relação a ofensas, homicídios, agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual ou pela identidade de gênero da vítima. Por sua vez, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) é a autora do Mandando de Injunção 4733. Assim como na ADO 26, a entidade pede o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadrem no conceito de racismo ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Com fundamento nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal, a ABGLT sustenta que a demora do Congresso Nacional é inconstitucional, tendo em vista o dever de editar legislação criminal sobre a matéria.

O Ministro Relator da ADO 26, Celso de Melo, abre seu voto com o que denomina de brevíssima constatação, ao afirmar que:

> Sei que, em razão de meu voto e de minha conhecida posição em defesa dos direitos das minorias (que compõem os denominados "grupos vulneráveis"), serei inevitavelmente incluído no "Índex" mantido pelos cultores da intolerância cujas mentes sombrias – que rejeitam o pensamento crítico, que repudiam o direito ao dissenso, que ignoram o sentido democrático da alteridade e do pluralismo de ideias, que se apresentam como corifeus e epígonos de sectárias doutrinas fundamentalistas – desconhecem a importância do convívio harmonioso e respeitoso entre visões de mundo antagônicas!!!! Muito mais importante, no entanto, do que atitudes preconceituosas e discriminatórias, tão lesivas quão atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais de qualquer pessoa, independentemente de suas convicções,

> orientação sexual e percepção em torno de sua identidade de gênero, é a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe fazer prevalecer, sempre, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República. (Celso de Melo, Voto do Ministro - Supremo Tribunal Federal) (BRASIL, 2019b)

O inteiro teor do voto, de 155 páginas, constante do Portal de Notícias do STF, (http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403953); e finaliza por reconhecer que julga procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, com eficácia geral e efeito vinculante, nos termos a seguir indicados:

> (a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT;
> (b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;
> (c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, "caput", da Lei nº 9.868/99;
> (d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento 154, em elaboração ADO 26 / DF plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e
> (e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea "d" somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento. (PORTAL DE NOTÍCIAS STF, 2019)

Por sua vez, o Ministro Relator do MI 4733, Edson Fachin, afirma que seu voto apresenta a expressa fundamentação no inciso IX do Art. 93, bem como no inciso LXXVIII, Art. 5, da Constituição Federal, ao elencar as seguintes premissas:

> Primeira: É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero.
> Segunda: O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual.
> Terceira: À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.
> Quarta: A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o

> sofrimento e a violência dirigida à pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersexo é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe.
> Quinta: A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. (Edson Fachin, Voto do Ministro – STF) (BRASIL, 2019c)

Da mesma maneira, o inteiro teor do voto, que consta do Portal de Notícias do STF (2019), ao se debruçar sobre o tema, apresenta a base constitucional e doutrinária, bem como a base dos precedentes judiciais, concluindo que:

> Por todas essas razões, julgo procedente o presente mandado de injunção, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 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. (Edson Fachin, Voto do Ministro - STF) (PORTAL DE NOTÍCIAS STF, 2019).

Dessa forma, no que impacta o objetivo da discussão no presente artigo, importa ressaltar que a questão hermenêutica se destaca, precipuamente quando, no voto de Celso de Melo, este faz referência expressa ao caráter contramajoritário assegurado ao STF, ou seja, de se opor, sempre de acordo com os ditames constitucionais, à prática de grupos politicamente organizados e, logo, com representação no Congresso Nacional, para que não imponham suas pretensões de doutrinas, que define como fundamentalismos, ao conjunto da sociedade brasileira. De forma que, ao se posicionar assim, o julgador visa equiparar as agressões sofridas em detrimento da pluralidade de concepções ou de modos de vida, dos que não dispõem de tal representatividade e, além disso, em função de seu caráter minoritário, acabem por se tornar vítimas vulneráveis de ataques sofridos contra o exercício dos direitos e garantias fundamentais, assegurados a todos, sem quaisquer distinções. Trata-se de definição do papel de jurisdição constitucional do STF e da afirmação da supremacia da própria Constituição, mesmo em sentido contrário ao processo de representação política das casas legislativas.

A seu turno, Edson Fachin, uma vez também reconhecendo a mora legislativa e a ameaça e os perigos daí decorrentes em criminalizar as práticas homotransfóbicas, reafirma o caráter de que se incluem em fator de discriminação, fortemente rejeitado pelo texto constitucional, declarando sua equiparação aos crimes de racismo, ou seja, introduz, em lei vigente, disposições normativas não previstas pelo poder legislativo do Estado; e o faz, justamente, para estender a proteção do Estado Democrático de Direito a essa parcela da

população desprotegida e relegada como que a uma espécie de limbo jurídico. Da mesma forma, reafirma a aplicação, ao caso concreto, dos princípios constitucionais de igualdade e dignidade, conferindo-lhes, então, o caráter de concretude necessário, para que, assim, se evitem as violações dos direitos e garantias fundamentais resguardados na Constituição. Por fim, ambos os votos refletem a questão hermenêutica de que trata o artigo, pois asseguram que tais decisões estão sendo tomadas tendo como fundamento a interpretação conforme a Constituição, o que, sem sombra de dúvida, não está positivado no texto das normas constitucionais, mas delas se depreende para que, com sua aplicação, se venha a suprir lacuna legislativa, de forma a não desatender uma importante demanda social não abrangida por atos normativos a quem incumbia o dever de legislar.

Outro voto relevante na questão tratada pelo enfoque hermenêutico, diz respeito às posições do Ministro Luís Barroso, ao acompanhar o voto do Relator, de maneira a afirmar que:

> Não se interpreta o Direito em abstrato, mas dentro de um contexto de uma determinada situação social: a vida presente exige uma resposta do Estado e uma resposta do Direito à violência institucionalizada contra as pessoas LGBT. Não escapará a ninguém que tenha olhos de ver e coração de sentir que a comunidade LGBT é, claramente, um grupo vulnerável, vítima de preconceito, discriminação e violência e cabe ao Estado intervir para garantir o Direito à integridade física, psíquica e a própria vida dos integrantes dessa comunidade. Quando o processo político majoritário não dá conta de fazer valer o comando constitucional, ou seja, quando o Congresso Nacional não atua em situações em que existe o comando constitucional, é legítimo que o STF atue para fazer valer a Constituição. Principalmente, quando estão em jogo os direitos fundamentais. (Ministro Luís Roberto Barroso – STF – Transcrição do voto) (BRASIL, 2009d)

Ademais, na esteira de uma ampla discussão doutrinária acerca dos sentidos e significados de ativismo judicial e/ou de protagonismo judicial, cuja problemática escapa ao enfoque do presente artigo, mas que não se pode deixar de ressaltar, no que diz respeito ao problema de tensões entre os poderes do próprio Estado, quer em sua função legislativa, como jurisdicional, Luís Barroso acrescentou que:

> O STF, como tribunal constituinte, desempenha três papéis. O primeiro papel típico e mais estudado sendo o papel contramajoritário, o papel representativo no sentido de atender a demanda premente da sociedade quando o Poder Legislativo "emperra" e um terceiro papel "mais complexo e delicado", que deve ser exercido em situações excepcionais, o papel Iluminista que empurra a história mesmo contra vontades majoritárias, seja no Congresso Nacional, seja na sociedade. As minorias não podem depender das vontades majoritárias, que não atendem aos interesses das minorias. Neste caso, o processo político majoritário não dá conta de fazer valer o comando constitucional. (BARROSO – STF – Transcrição do voto).

A seu turno, o Ministro Alexandre de Moraes também acompanhou os votos dos relatores pela procedência das ações, igualmente reconhecendo a inconstitucionalidade por omissão do Congresso Nacional em editar norma protetiva à comunidade LGBTI, ao afirmar que: "Passados 30 anos da Constituição Federal, todas as determinações constitucionais específicas para proteção de grupos considerados vulneráveis foram regulamentadas com a criação de tipos penais específicos. No entanto, apesar de dezenas de projetos de lei, só a discriminação homofóbica e transfóbica permanece sem nenhum tipo de aprovação. O único caso em que o próprio Congresso não seguiu o seu padrão". (MORAES/STF – transcrição do voto).

Ademais, as alegações das entidades representativas de grupos religiosos contrários aos pedidos dos postulantes, tanto da ADO, quanto do MI, cuja presença fora admitido aos debates, na condição de amici curiae, como já referido, motivou do Ministro Alexandre de Moraes outra afirmação, no sentido de contraditar que essa decisão favorável estivesse agredindo a liberdade religiosa no Brasil, assegurada, também, pela Constituição, ao destacar a convivência harmoniosa e a tolerância entre os diversos grupos na sociedade:

> A mesma tolerância que essa Corte já consagrou em diversas oportunidades em relação à liberdade de manifestação, de concepções políticas, ideológicas, de gênero, essa mesma tolerância tem total aplicabilidade às manifestações religiosas (…). Entretanto, a proteção constitucional à liberdade religiosa e à liberdade de expressão como um todo não admite discurso de ódio. Para que não haja a ideia que se está a criminalizar a liberdade de expressão religiosa, não se está. Seja do ponto religioso, filosófico, ideológico, discurso de ódio já está criminalizado. (Ministro Alexandre de Moraes - STF – transcrição do voto) (BRASIL, 2019e)

O tema levado a julgamento, em função da discussão social que engendra, entre as várias entidades representativas da sociedade civil organizada, de todos os matizes, também motivou pronunciamento do Ministro Luís Roberto Barroso, que, no mesmo sentido do Ministro Alexandre de Moraes, igualmente já havia se manifestado em relação à contrariedade dos amici curiae de entidades religiosas, que afirmaram que uma decisão favorável ao pleito implicaria em agressão à liberdade religiosa no país:

> Por muito tempo, o conhecimento convencional militou na crença de que o estado moderno e a ciência acabariam com o sentimento religioso. No entanto, mesmo depois de Copérnico, Darwin, Galileu e descobertas da ciência como as Leis de Newton e o Bóson de Higgs, o sentimento de religiosidade não morreu. Nesse sentido, não será a criminalização da homofobia que irá abalar o sentimento religioso. O reconhecimento da criminalização da homofobia não implica na criminalização dos discursos religiosos e que a posição ideal de um Estado plural é permitir que cada pessoa viva de acordo com as suas convicções. Nenhuma pessoa genuinamente religiosa defende que os homossexuais sofram violência como se não fossem iguais perante as leis e

> perante Deus e que instrumentalizar a religião para fazer o mal a este grupo de pessoas é negar a regra de ouro dos evangelhos: não fazer ao próximo o que não gostaria que fizesse a si. (BARROSO/STF – transcrição do voto).

No sentido de evidenciar a perspectiva hermenêutica do Supremo no tema em comento, convém ressaltar, nos votos dos Ministros, as afirmações de que é função da hermenêutica jurídica oferecer os meios de aplicar a lei abstrata aos casos concretos, com foco nas demandas sociais, principalmente quando o processo político majoritário não cumpre com o comando constitucional. Daí a ênfase, repetida, de uma interpretação de acordo com a Constituição, ou seja, com os princípios e normas, se não totalmente positivados, mas que se pode, interpretativamente, depreender do próprio texto. O próprio Estado, então, em sua função jurisdicional e diante da omissão legislativa, traz a proteção jurídica aos grupos sociais vulneráveis, por meio dos instrumentos que motivaram as decisões.

Reforça-se, logo, o caráter contramajoritário do STF, como função constitucional, em defender e/ou proteger as minorias, dos ataques sofridos ao exercício dos direitos fundamentais que lhes são assegurados, para colocá-los ao abrigo do Direito. Da mesma forma, em função da materialidade do pleito encaminhado ao STF, que motivou o recurso aos amici curiae, não se poderia ficar somente no nível de discussão formal, mas fora necessário abordar, também, que a liberdade religiosa não restaria agredida pela reivindicação de direitos encaminhada. Portanto, dessa forma, se reafirma o sentido de que essa decisão não estaria criminalizando, por sua vez, os discursos religiosos que se opõe à prática e/ou ao exercício de outras formas de sexualidade que não aquelas abrigadas em seus postulados; desde que, a seu turno, não impliquem em discurso de ódio dirigido a quem as pratica.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: DECISÕES MAJORITÁRIAS X JURISTOCRACIA

O tema proposto nessa discussão e que diz respeito à tensa relação que se estabelece entre os poderes do Estado, mormente o Legislativo e o Judiciário, sob a perspectiva da hermenêutica jurídica, evidencia, assim, certos contornos problemáticos, que faz com que Lênio Streck apresente tal circunstância sob a denominação de direito em crise, quando trata do ativismo judicial e o alerta no sentido de que, no Brasil, corremos o risco de enveredar para uma espécie de juristocracia, ou seja, de um contexto em que estaremos vivenciando o caráter de um Judiciário que legisla. Sendo assim:

> O contexto brasileiro é pródigo para isso, infelizmente. (...) temos dois fenômenos que demonstram bem esse risco: a judicialização da política e o ativismo judicial. Quando

> judicializamos em vez de fazer políticas, temos o Judiciário com as rédeas do governo. Quando o juiz decide através de argumentos pessoais, temos o Judiciário legislando. A situação é complicada e merece críticas. Não estou negando a importância histórica do Judiciário no Brasil; mas afirmando que vivemos sob uma democracia, não juristocracia ou judiciariocracia. A tese do estado de coisas inconstitucional é um sério sintoma de juristocracia. (STRECK, 2017, p.161).

Dessa forma, entretanto, ainda que se possa, efetivamente, concordar com certos aspectos do diagnóstico do mal, resta o debate acerca de como dar cumprimento aos mandamentos constitucionais em comento, que se dirigem à proteção de grupos sociais vulneráveis, relegados a uma condição de graves ameaças aos direitos e garantias fundamentais, sem que, em função da omissão legislativa, o Poder Judiciário, uma vez provocado, venha a estabelecer, através de suas decisões, verdadeiras normas jurídicas que, entretanto, não passaram pelo processo representativo do Congresso Nacional. Dessa forma, se corremos o risco e, aqui, o diagnóstico se mostra como realidade efetiva, de judicializarmos decisões que deveriam ser resolvidas pelas instâncias de deliberação política, empurrando-se, assim, ao Judiciário a tarefa de resolver tais questões, o que se enquadraria na definição genérica de ativismo, por outro, já vivenciamos o empoderamento, no Congresso Nacional, de legisladores ligados a certos grupos sociais que lograram representação popular, cuja militância se foca em legislar segundo as convicções doutrinárias de suas organizações, para transformá-las em regra geral de conduta de toda a sociedade. Assim, por meio de elaboração de leis, ou por simples omissão legislativa, acabam por colocar a descoberto grupos minoritários, ou seja, sem representação, ou com representação insuficiente, relegados a uma espécie de limbo jurídico, isto é, não protegidos por norma alguma, a não ser pela interpretação dada pelo Judiciário, com base na Constituição. Eis o problema hermenêutico.

A circunstância se apresenta, assim, bastante clara, já que certos grupos organizados da sociedade civil acabam elegendo, legitima e legalmente, pelo processo democrático, quem os represente e, logo, por injunções majoritárias, além de buscarem, incessantemente, fazer valer suas determinações ideológico-doutrinárias sobre todos os demais, ainda freiam a produção legislativa, desconsiderando tais grupos minoritários. Estamos, portanto, diante desse dilema: podemos, então, simplesmente, aceitar como legítimas as deliberações majoritárias, ainda que venham a desconsiderar, simplesmente, as pretensões de direitos de minorias, ou até mesmo de permitir que, por omissão legislativa, esses grupos vulneráveis venham a ficar sem a devida proteção do ordenamento jurídico? Não seria tarefa, logo, do Judiciário, suprir essa omissão, ainda que somente mandando o legislativo legislar e enquanto este não o faz,

determinar a proteção aos direitos ameaçados, ou, como no caso em comento, a criminalização de condutas que agridam tais direitos dessas minorias?

Em outra citação da obra Hermenêutica e Jurisdição, Lênio Streck afirma que, em dado momento de sua caminhada doutrinária, havia participado do movimento denominado direito alternativo, que pregava uma espécie de democracia judicial, em que, nas decisões, fazia-se prevalecer uma espécie de legitimidade fática, a despeito das definições legais, mas que, agora, apesar de não afirmar que o juiz devesse ser somente a boca da lei, na afirmação clássica do positivismo napoleônico, que se tornasse, então, como um juiz "cuja boca pronuncia a Constituição". (STRECK, 2017, p.154). Nesse caso, então, vale ainda encaminhar a discussão do problema hermenêutico nos seguintes termos: ao decidir acerca da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como do mandado de injunção, estes julgadores não estariam dado vazão, precisamente, a isto, ou seja, não estariam sendo a própria voz da Constituição, sufocada pela omissão legislativa de 30 anos, que se nega a legislar a matéria, por questões ideológico-doutrinárias dos grupos majoritários que representam?

Se a resposta for negativa, então, é preciso posicionar-se, decididamente, quanto ao que fazer, juridicamente, para que a vulnerabilidade de tais grupos minoritários possa ganhar alguma forma de guarida da ordem jurídica vigente no país; ou, simplesmente, se poderia aceitar, de forma pacífica, que a omissão continue a permitir os abusos que sofrem em relação aos direitos e garantias fundamentais? E, por fim, cabe perguntar: o Congresso Nacional é, realmente, representativo da sociedade brasileira como um todo? Podemos confiar, de maneira tão decidida que, efetivamente, estamos a vivenciar um estado democrático de direito, regido por uma espécie de legislador idealizado, que se ocupa da atividade legislativa sempre em consonância não só com os direitos das maiorias, mas de proteção dos grupos minoritários? Eis o papel a ser cumprido pela hermenêutica jurídica, ou seja, o de buscar respostas a essas questões que se dirigem aos próprios fundamentos do referido estado democrático de direito.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição Federal/88.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 03 mar. 2019a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: *ADO 26.* Voto do Relator: Ministro Celso de Melo. Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403953>. Acesso em: 05 mar. 2019b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: *Mandato de Injunção – MI 4733*. Voto do Relator: Ministro Edson Fachin. Portal de Notícias do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=404047>. Acesso em: 05 mar. 2019c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento Conjunto ADO 26 e MI 4733*. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=youtu.be&t=2705>. Acesso em: 19 mar. 2019d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno - Suspenso julgamento sobre omissão legislativa em criminalizar homofobia.* Voto do Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE>. Acesso em: 19 mar. 2019e.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

_____. *Curso de Processo Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Ver. Ênio Paulo Gianchini. 6. ed. Editora Vozes e Editora Universitária Sã Francisco: Rio de Janeiro, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional:* atividade constitucional do Estado. Tomo V. 9. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

PORTAL DE NOTÍCIAS STF. Plenário do STF discute se há omissão legislativa para criminalização de homofobia. Acessado em 18.03.2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403183.

ROSA, Michele Franco. *A atuação do amicus curiae no controle concentrado de constitucionalidade.* [S.n.; s:l]. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/1096557>. Acesso em: 18 mar. 2019.

SANTOS FILHO, José dos. *Lei do Mandado de Injunção fortalece controle de omissões inconstitucionais.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-11/observatorio-constitucional-lei-mandado-injuncao-fortalece-controle-omissoes>. Acesso em: 18 mar. 2019.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica e Jurisdição:* diálogos. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2017.

ZAVASKY, Teori. *Sanção da Lei do Mandado de Injunção*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MANDADODEINJUNCAOsancao.pdf>. Acesso em 19 mar. 2019.