

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNDB  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ANDERSON LAERTH COSTA PEREIRA**

**ESTADO CONSTITUCIONAL:** a mora inconstitucional do Poder Legislativo brasileiro  
como fator de legitimação à competência do Supremo Tribunal Federal para a  
“criminalização” da homofobia à luz da ADO 26

São Luís

2021

**ANDERSON LAERTH COSTA PEREIRA**

**ESTADO CONSTITUCIONAL:** a mora inconstitucional do Poder Legislativo brasileiro  
como fator de legitimação à competência do Supremo Tribunal Federal para a  
“criminalização” da homofobia à luz da ADO 26

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em  
Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino  
Superior Dom Bosco como requisito parcial para a  
obtenção do grau de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Arnaldo Vieira Sousa

São Luís

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Pereira, Anderson Laerth Costa

Estado Constitucional: a mora inconstitucional do Poder Legislativo brasileiro como fator de legitimação à competência do Supremo Tribunal Federal para a “criminalização” da homofobia à luz da ADO 26. / Anderson Laerth Costa Pereira. \_\_ São Luís, 2021.

75 f.

Orientador: Prof. Dr. Arnaldo Vieira Sousa.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2021.

1. Direitos Fundamentais. 2. Supremacia da Constituição. 3. Supremo Tribunal Federal. I. Título.

CDU 342.7

*À minha amada Mãe, por todo o suporte*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, de antemão, à Deus, pela graça da vida e da saúde, sem os quais, far-se-ia inviável a busca pela superação de mim mesmo cotidianamente;

Agradeço ao meu pai, José Valdino Pereira Silva e em especial à minha mãe, Eliene do Rosário Costa, absolutamente por tudo, desde o fato de ter me carregado em seu ventre com todo o amor ao fato de sempre ter estado ao meu lado, independentemente das agruras e dissabores atávicos às relações de vida, apoiando-me em todos os momentos sem nunca ter pestanejado;

Agradeço, outrossim, ao governador do Maranhão, Flávio Dino, pelo incentivo à leitura machadiana; ao imortal Ubiratan Teixeira (*in memoriam*) pela amizade, pelas correções dos meus escritos e pelos livros doados e ao Nauro Machado (*in memoriam*) também pela amizade, pela leitura e pelos conselhos, sem os quais, o amor pela leitura e pela escrita jamais teriam desabrochados e vingados;

Agradeço à minha namorada, Malenna Nayra, pelo apoio afetivo e pela credulidade em meu potencial;

Agradeço aos professores do corpo docente de Direito da UNDB, pela excelência na transmissão do conteúdo durante o curso de Direito;

Agradeço em especial ao Professor Dr. Arnaldo Vieira Sousa, que aceitou a missão da orientação e à Professora Pós-Doutora em Direito Constitucional, Amanda Costa Thomé Travincas, por ter feito gestar em mim o amor incondicional pelo Direito Constitucional;

Agradeço, por fim, aos colegas que conheci na UNDB, pela trajetória e pelo companheirismo, bem como, pelos aprendizados que pude sorver dessa caminhada ao lado deles.

*“Não há, numa Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselho, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras”.*  
*(Ruy Barbosa, 1933, p. 489)*

## RESUMO

O presente trabalho tem como propósito, assentado que está em pesquisas bibliográfica e documental, bem como lastreado numa perspectiva indutiva, a análise da mora inconstitucional do Poder Legislativo brasileiro numa perspectiva de legitimação do Supremo Tribunal Federal na “criminalização” da homofobia em sede de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 26, sempre à luz da ideia central de supremacia da Constituição, dotada de direitos e liberdades fundamentais, e de ascensão institucional da Suprema Corte brasileira em contraponto às diretrizes montesquianas pertinentes a um Judiciário adstrito a simplesmente, e qual um autômato, dizer a lei. Por esse motivo é que se deslindará o quão legítimo foi o atuar do STF na ADO 26 ao integrar o ordenamento jurídico brasileiro, fornecendo sempre elementos cognitivos a fim de esclarecer que não houve trabalho legislativo e tampouco invasão de competência pelo STF no tocante à decisão densificada na ADO 26.

**Palavras-chave:** Ação Direta de Inconstitucionalidade 26. Direitos Fundamentais. Supremacia da Constituição. Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

The present study focuses on bibliographic and documentary research, as well as based on an inductive perspective, the analysis of the unconstitutional delay of the Brazilian Legislative Branch in a perspective of legitimating the Supreme Court in the “criminalization” of homophobia in the judgment of Direct Unconstitutionality Action 26, always in light of the central idea of the supremacy of the Constitution, intumescent in fundamental rights and freedoms, and of the institutional rise of the Brazilian Supreme Court in counterpoint to the Montesquieu’s teaching concerning to a Judiciary attached to simply, and authentically, say the law. For this reason, it will be clear how legitimate it was for the STF to act in ADO 26 by integrating the Brazilian legal system, always providing cognitive elements in order to clarify that there was no legislative work and no invasion of jurisdiction by the STF with respect to the decision densified in ADO 26.

**Keywords:** Direct Action of Unconstitutionality 26. Fundamental Rights. Supremacy of the Constitution. Supreme Court.

**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
CF/88	Constituição Federal de 1988
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgênero
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A CONSTITUIÇÃO COMO DOCUMENTO SUPREMO.....</b>	<b>17</b>
<b>2.1 O valor da constituição: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o seu programa de direitos fundamentais.....</b>	<b>19</b>
<b>2.2 A teoria montesquiana da separação dos Poderes e a ascensão do Poder Judiciário e das Supremas Cortes.....</b>	<b>24</b>
<b>2.3 A Supremacia Constitucional: a função de freio e contrapeso do judiciário em face do Poder Legislativo.....</b>	<b>27</b>
<b>3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO.....</b>	<b>32</b>
<b>3.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....</b>	<b>32</b>
<b>3.2 A ADO como resposta à omissão inconstitucional.....</b>	<b>38</b>
<b>3.3 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: o dever de integração da ordem jurídica pelo Supremo Tribunal Federal em face da inércia do legislador ordinário.....</b>	<b>42</b>
<b>4 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NUMA TROCA DE SUJEITOS À ROTHENBURG?.....</b>	<b>47</b>
<b>4.1 ADO 26: um caso de tipificação criminal?.....</b>	<b>49</b>
<b>4.2 A Lei nº 7.716/1989: um caso de lacuna axiológica?.....</b>	<b>55</b>
<b>4.3 Inconstitucionalidade por omissão e o câmbio de sujeitos como modalidade de sanção: uma possibilidade?.....</b>	<b>58</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>68</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Preliminarmente, não se pode esquecer de que a falta de leis federais para fins de proteção à comunidade LGBT em face dos preconceitos e discriminações é um dos, dentre outros, principais obstáculos no tocante ao combate à homofobia no Brasil (BRASIL, 2015) oriunda da falta de atenção do legislador ordinário brasileiro para com essa minoria, o que acaba por desaguar nessa carência relacionada a uma legislação penal específica nesse sentido (GONÇALVES, 2020, p. [?]).

Para além disso, ou seja, para além de uma disciplinação específica em sede de matéria penal no tocante à criminalização da homofobia, tem-se também a problemática da Lei Antirracismo que, em seu bojo, não cuidou de, taxativamente, tipificar a conduta daqueles que transgridam e vilipendiam as liberdades e direitos fundamentais dos componentes da comunidade LGBT, tampouco se desincumbiu o legislador ordinário de criar norma penal explicativa a fim de moldar conceitual e legalmente o que viria a ser raça/racismo para efeitos penais, para fins de aplicação da Lei Antirracismo, problema este que foi um dos objetos cujo pano de fundo vestiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 (ADO26).

É cediço que pessoas cujos comportamentos/orientações sexuais que fogem ao socialmente tido como “adequado”, ao “padrão”, à ortodoxia de uma sociedade majoritariamente arraigada no “tradicional”, por mais que se queira negar, são estigmatizadas, o que, sem sombras de dúvidas, como propõe Figueiredo e Peixoto (2011, p. 5), faz com que sejam submetidas a situações de vulnerabilidades.

Pode-se constatar isso pelos números consignados em relatório confeccionado pelo Grupo Gay da Bahia (GGB) em 2019, de onde se extrai o registro de uma morte por homofobia a cada 23 horas no Brasil (SOUSA e ARCOVERDE, 2019, p. [?]).

Desse modo e de forma a complementar ao que fora explicado no parágrafo anterior, é importante mencionar, também, que, de 2000 a 2019, aproximadamente 5.000,00 (cinco mil) pessoas tiveram suas vidas ceifadas por razões de orientação sexual, como explicita o doutor em antropologia Luiz Mott, fundador do Grupo Gay da Bahia (GGB) (BRASIL, 2020).

Somado a isso, apesar da evidente gravidade e relevância sociojurídica dos fatos aqui percorridos, até o presente momento nenhum Projeto de Lei voltado à proteção especial do grupo LGBT fora aprovado pelo Congresso Nacional (BRASIL, 2020), em flagrante inobservância e modorrento escárnio aos preceitos constitucionais, principalmente, aqueles que concernem às liberdades e garantias fundamentais, como será melhor detalhado em outros momentos deste mesmo trabalho.

Diante desse cenário, em 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, impetrou Mandado de Injunção Coletivo requerendo, de maneira nuclear, o reconhecimento de que “a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo” ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como “discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 2012, p. 1).<sup>1</sup>

No mesmo feito, aquela pessoa jurídica de direito privado requereu a declaração, com fundamento nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal, de mora inconstitucional do Congresso Nacional no alegado dever de editar legislação criminal que puna, de forma específica, a homofobia e a transfobia, “especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de ‘praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação’ por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa” (BRASIL, 2012, p. 1).

Posteriormente, em 2013, o Partido Popular Socialista (PPS), com base na disposição constitucional esculpida no inciso VIII do art. 103 da CF/88 (BRASIL, 1988) em conjunto com a Lei nº 9.868/99<sup>2</sup> (BRASIL, 1999) propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão com vistas a obter do Supremo Tribunal Federal (STF) a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, enfatizando constituírem-se como espécies do gênero racismo, de modo que se subsumiriam, de forma inequívoca, aos conceitos de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (BRASIL, 2019, p. 2).

É de se ressaltar que o julgamento de ambas as ações se deu de forma conjunta, onde o STF, por maioria, reconheceu a mora do Poder Legislativo (Congresso Nacional) no tocante à incriminação de atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT (BRASIL, 2019, p. [?]), de modo que, na mesma decisão, os ministros “votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria” (BRASIL, 2019, p. [?]), ficando vencidos, nesse sentido, os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, cabendo ressaltar que o ministro Marco Aurélio sequer reconheceu a mora (BRASIL, 2019, p. [?]).

Em razão desse desfecho no âmbito do STF, várias críticas surgiram, sobretudo nos meios jurídico e político, sendo uma delas a de que o STF teria legislado e, por consequência,

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, o MI 4733/DF, que teve como base constitucional o direito à dignidade (art. 1º, III, da CRFB), o direito à igualdade (art. 5º, caput, da CRFB); a garantia constitucional do mandado de injunção (art. 5º, LXXI da CRFB); e o mandado constitucional de criminalização contra qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CRFB).

<sup>2</sup> A Lei nº 9.868/99 dispõe sobre o processo e julgamento da ADI, ADC e ADO perante o STF (BRASIL, 1999).

invadido a competência do Poder Legislativo, pensamento este esposado, por exemplo, por Gonçalves (2019, p. 29) que reconhece o benefício da criminalização frente à comunidade LGBT, mas que, não obstante isso, não competiria ao STF tomar as vestes de legislador constituinte.

Deste modo, poder-se-ia dizer, à luz do exposto até a presente oportunidade e com, sobretudo, enfoque na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), no ordenamento jurídico como um todo e no atual contexto social, que houve, na decisão assentada na ADO 26, trabalho legiferante por parte do STF e, por consequência, violação à separação dos Poderes?

É justamente essa a indagação que se buscará solver no decorrer das linhas que tangenciam o presente trabalho. Por isso que, de início, buscar-se-á, na esteira de questionamentos acerca do engrandecimento normativo que teve a CF/88, cuja primazia deve ser observada pelos Poderes constituídos, no tocante, em especial, aos trabalhos legislativos do Congresso Nacional, aduzir que, como ensina Cunha Júnior (2016, p. 25), as cláusulas dispostas em uma Constituição, para além de valores morais que trazem consigo, têm força imperativa porque provêm da soberania nacional, de modo que, as normas constitucionais são supremas em face às demais normas do ordenamento jurídico.

Não por outro motivo que, leciona Sarlet (2009, p. 367), o legislador ordinário está vinculado, principalmente, quanto ao exercício de sua atividade típica, à Constituição e, do mesmo modo, aos direitos fundamentais nela expressos e implícitos, destacando ainda Sarlet (2009, p. 367) que essa vinculação “implica clara renúncia à crença positivista na onipotência do legislador estatal”, significando também, noutro giro, “a expressão jurídico-positiva da decisão tomada pelo Constituinte em favor da prevalência dos valores intangíveis contidos nas normas de direitos fundamentais em face do direito positivo” (SARLET, 2009, p. 367).

Assim sendo, conforme Cunha Júnior (2016, p. 25), diz-se que o Poder Legislativo ao exercer sua função tipicamente constitucional deve sempre atuar em harmonia com os direitos fundamentais entoados pela Constituição, como o caso das liberdades, garantias e direitos fundamentais das minorias e, portanto, da comunidade LGBT, para que não sejam, como vem ocorrendo, desrespeitados pela intolerância de muitos.

Noutro momento, a partir do segundo capítulo, ter-se-á como fito as tratativas concernentes à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), como ação de controle de constitucionalidade que é, ferramenta cuja serventia, como sugere Mendes (2017, p. 1089), tem seu motivo de ser na rigidez constitucional e visa a aferir validade de norma infraconstitucional e assim garantir a força normativa da Constituição, ou, conforme Barroso

(2017, p. 5), “para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição)”, como ocorreu no caso da ADO 26, por exemplo.

Não restam dúvidas de que, segundo professora Fernandes (2017, p. 1532), a ADO é instrumento constitucional que tem por fim declarar ou não a inconstitucionalidade de omissões dos Poderes Públicos, e, ainda segundo os ensinamentos de Fernandes (2017, p. 1532), somente as normas de eficácia programática dariam ensejo a este mecanismo, justamente por carecerem de regulamentação por parte do legislador ordinário para terem sua aplicabilidade imediata, de sorte que, quando isso não ocorre, tem-se a denominada omissão inconstitucional, que neste caso é desdobramento da mora legislativa (BRASIL, 2007).

É por isso que se faz oportuno indagar qual é o dever do STF face à omissão inconstitucional do legislador ordinário, face à desídia deste, sempre com os olhos e pensamentos voltados para o que determina a CF/88 no afã de proteger satisfatoriamente as liberdades e garantias fundamentais das pessoas e, neste caso em específico, da comunidade LGBT.

Deveras, segundo os ensinamentos de Barroso (2017, p. 14), a CF/88 é um documento dialético, trazendo em seu bojo valores contrapostos que normalmente se entrecrocaram. Isso se dá, ainda em conformidade com Barroso (2017, p. 12), justamente pelo fato de que a CRFB emergiu e se solidificou em terreno fértil composto por anseios de uma sociedade complexa e plural, o que dá oportunidade a casos emblemáticos acerca de temas moralmente controvertidos (BARROSO, 2017, p. 14), como, por exemplo, o relacionado à “criminalização” da homofobia.

Assim, fazendo uso dos magistérios de Cunha Júnior (2016, p. 179) e de posse da convicção de que a CF/88 é documento jurídico supremo e que ocupa o vértice do ordenamento jurídico brasileiro, seria inócuo e até mesmo um contrassenso afirmar que ela deve ser respeitada, que incide sobre todos os Poderes constituídos, vinculando-os, que deve ser normativamente plena à luz da classificação ontológica de Loewenstein, e por fim, de maneira diametralmente oposta a isso tudo, externalizar entendimento no sentido de que o Judiciário não pode suprir as indignas omissões do poder público, ou seja, segundo ainda as lições do professor Cunha Júnior (2016, p. 279) “[...] o Poder Judiciário não só pode como deve, no exercício da jurisdição constitucional, integrar a ordem jurídica e suprir a omissão [...]”.

Logo, o que legitima o STF a agir em situações como estas que lhe são postas à apreciação é justamente o fato de que, com a ascensão do Poder Judiciário no pós-guerra e com a centralização da Constituição e sua força normativa com o pós-positivismo “[...] questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário”

(BARROSO, 2017, p. 16), porquanto, enfatiza Barroso (2017, p. 16) que, incluir dada matéria na Constituição, de certa maneira faz com ela seja transferida da seara política para a jurídica, legitimando assim a judicialização.

Em continuidade, ao terceiro capítulo se reservou espaço para se tratar da decisão do STF sedimentada na ADO 26 com o objetivo de esclarecer que é inapropriado falar em invasão ou usurpação de competência do Poder Legislativo por parte do STF, utilizando-se, para tanto, de argumentos cuja construção tem como fim explicar que não houve criminalização da homofobia no sentido estritamente técnico do termo.

Como complemento a isso, e com a finalidade de afastar mais ainda a perspectiva de que o STF teria legislado e por consequência invadido a competência do Poder Legislativo, como sugerem as críticas, será feito uso da teoria de Rothenburg sobre o câmbio de sujeitos em sede de inconstitucionalidade por omissão, exposta na sua obra denominada de “Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeitos”, com vistas à concreção dos mandamentos constitucionais enquanto valores fundamentais sufragados democraticamente, melhor desenvolvida posteriormente.

Ainda, no capítulo terceiro, será de muita importância pontuar que se constitui em negatória ao princípio da igualdade o fato de limitar a projeção conceitual de racismo somente ao sentido léxico ou comum do termo, como se depreende do habeas corpus 82.424/RS (BRASIL, 2004)<sup>3</sup>, uma vez que, deve-se ter como ponto de partida a concepção de que o conceito de racismo está para além dos aspectos estritamente biológicos ou antropológicos, estendendo-se numa perspectiva e dimensão abertamente cultural e sociológica, como aponta o Ministro Celso de Mello na ADO 26 (BRASIL, 2019).

A importância disso tudo, motivo pelo qual será tratada na terceira parte deste trabalho, é, sobretudo, o fato de a Lei Antirracismo, o Código Penal e nenhum outro documento normativo penal extravagante, não trazerem em seu conjunto de disposições norma explicativa traçando conceitualmente o que seria raça/racismo para fins penais e de sua incidência. Essa análise será feita a partir da ótica das mudanças inevitáveis que estão interligadas às transformações sociais como consequência do tempo, do correr dos anos.

No mais, quanto à justificativa, tem-se que o tema em análise é de considerável importância social porque diz respeito, sobretudo, a garantias e direitos fundamentais dispostos

---

<sup>3</sup> No HC 82.424/RS, conhecido como o Caso Ellwanger, o STF, ao tratar sobre a liberdade de expressão face à publicação de livros antissemitas, também se preocupou com um delineamento conceitual do que seja racismo, definindo Gilmar Mendes em seu voto, por exemplo, que “o racismo configura conceito histórico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o antissemitismo” (BRASIL, 2004).

na CF/88, com enfoque, neste caso, na comunidade LGBT, que tem sofrido e vem sofrendo com o descuido e a falta de proteção efetiva a esses direitos, de tal modo que, tentar repassar essa preocupação e esse olhar sensível para a sociedade também constitui a justificativa social deste trabalho.

Deste modo, não se pode relutar na convicção de que os estudos pertinentes aos direitos fundamentais, sobretudo os voltados à vida, liberdade, dignidade sexual e outros, detêm espessa conotação social, justamente por dizerem respeito a direitos e garantias esculpidos na CF/88, sobretudo no que toca à temática em construção, uma vez que refletem diretamente nas esferas social e privada das pessoas.

Assim, apesar do cunho eminentemente sociojurídico do tema em análise, seus desdobramentos exploratórios e documentais serão de grande valia para o mundo acadêmico porque enriquecerá ainda mais o campo das ideias que giram em torno dos direitos fundamentais e ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, posto que, têm sua importância num ambiente onde se busca o conhecimento e o aprendizado.

Portanto, a liberdade sexual, o direito à vida e à segurança, dentre outros que serão destacados no presente trabalho, somente pelo fato de advirem da parte dogmática, tanto de forma expressa quanto implícita, da CF/88, dispensa qualquer narrativa contrária ao discurso da relevância que detêm porque é de tamanha amplitude que a importância lhes é inata.

No tocante à metodologia, este trabalho tem como objetivo a pesquisa de natureza exploratória, de método dedutivo porque as premissas que serão expostas deverão balizar integralmente a inferência aduzida (LAKATOS, 2003, p. 92).

A técnica de pesquisa será tanto a documental, haja vista que documentos de arquivos públicos servirão como fontes no deslinde do trabalho (LAKATOS, 2003, p. 176) quanto bibliográfica, porquanto serão utilizadas, sobretudo e em sentido lato, publicações, tais como livros e afins (LAKATOS, 2003, p. 185).

É necessário ainda acrescentar que, como complemento para se chegar ao fim almejado, serão feitas buscas e pesquisas, sobretudo, em diversificadas obras, buscando a solução do problema a partir de material já publicado, constituído, principalmente, de livros, artigos e jurisprudências, visando a recortes epistemológicos que satisfaçam a problemática do tema proposto.

## 2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A CONSTITUIÇÃO COMO DOCUMENTO SUPREMO

Como é sabido, Montesquieu (1996, p. 168), em “O Espírito das Leis”, ao tratar sobre liberdade política, o faz de modo que acaba por defini-la como algo que só pode ser assegurada ante a incidência de uma Constituição que iniba o abuso de poder, de tal modo que, para que isso ocorra, é necessária a separação entre os Poderes no afã, como destaca Montesquieu (1996, p. 168), de que um contenha o outro.

Deveras, para Montesquieu (1996, p. 167), o que hoje se tem como Poder Judiciário, não era eminentemente um Poder, mas um desmembramento do Poder Executivo, dependente do direito civil, que se perfazia no ato de julgar <sup>4</sup>, devendo, por conseguinte, como ensina Vasconcelos (1998, p. 31), ser nulo e invisível. Para Montesquieu (1997, p. 175) os juízes seriam seres inanimados que não teriam o poder de moderar suas forças e seus rigores.

Não por acaso que, observando os dizeres de Nunes Junior (2008, p. 161), essa teoria, em sua acepção clássica, não se sustentaria mais, porquanto “[...] a doutrina contemporânea não mais concebe a função do juiz como atividade mecânica, sem criatividade” (NUNES JUNIOR, 2008, p. 161). Hoje, diz Didier Jr., (2017, p. 177), a jurisdição é tida como uma função criativa.<sup>5</sup>

De todo modo, segundo ensina Mendes (2017, p. 57), em análise à obra montesquiana, o objetivo que subjaz a ideia da separação dos Poderes entre pessoas distintas é justamente o de garantir a liberdade, o que seria comprometida caso o Poder fosse concentrado em uma única pessoa. Mas, como garantir a liberdade, em sede de separação de Poderes, onde o Judiciário é mero coadjuvante?

Em diapasão com a concepção montesquiana, já anteriormente destacada, atinente à necessidade da separação dos Poderes para fins de inibir abusos, um relevante ensinamento deste pensador clássico estampado em sua obra merece ser registrado, a saber, o de que “todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites” (MONTESQUIEU, 1996, p. 166), e o que seria uma omissão inconstitucional advinda da mora do Poder Legislativo se não um abuso de poder frente aos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF/88? (BRASIL, 1988).

<sup>4</sup> Nesse mesmo sentido explicou Pelicioli (2006, p. 26), em “A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes”, publicada na Revista Legislativa Informativa nº 169.

<sup>5</sup> Didier Jr. (2017, p. 177) esclarece que a “[...] jurisdição é função criativa”, assemelhando-se a uma atividade de reconstrução da norma jurídica do caso concreto, bem como, por vezes, da própria regra abstrata que deve regular o caso concreto.

Sem embargo, professa Barroso (2017, p. 16) que “[...] um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais” e graças à CF/88, como consequência, sobretudo, do neoconstitucionalismo (novo constitucionalismo) e do pós-positivismo, o direito constitucional ascendeu ao vértice do ordenamento e fez com que a Constituição tomasse posição de centralidade.

Com isso, afirma Barroso (2017. P. 15), que é notório a centralidade e o protagonismo que o STF passou também a deter, e esse fenômeno não se deu só no Brasil, mas também em outras partes do mundo, como consequência do avanço da justiça constitucional no pós Segunda Guerra Mundial.

Cappelletti destaca que (1993, p. 19) essa expansão da atuação do Judiciário reflete o necessário contrapeso no âmbito do mecanismo democrático de “checks and balances” porque paralelamente expandiu-se, do mesmo modo, outros ramos políticos do Estado moderno.

Deste modo, entender a separação dos Poderes e o fortalecimento do Poder Judiciário, num primeiro momento, será de fundamental importância no tocante à imbricação das ideias que permeiam a temática em desenvolvimento, levando em conta esta perspectiva de que os Poderes não são estanques e de que, segundo Mendes (2017, p. 62), em um Estado Constitucional a Constituição, por estar acima de todas as demais normas e todos os Poderes, deve ser observada a fim de que seus comandos sejam concretizados.

Estas perspectivas teóricas, com base em Pelicoli (2006, p. 21), são primordialmente importantes pelo desempenho relevante na conformação do chamado Estado Constitucional e, partindo do pressuposto de que a temática a ser desenvolvida é de cunho eminentemente constitucional, é incontestável a necessidade de tratar da matéria afeta à separação dos poderes, com foco, principalmente, no fortalecimento do Poder Judiciário e do STF frente à força normativa da Constituição no Brasil.

Assim, buscando enveredar no tema proposto, será de início abordado, na primeira seção, qual o valor de uma Constituição, tendo como parâmetro a Constituição brasileira de 1988, destacando-lhe a superioridade normativa como vetor vinculante do Poder Público em seu agir na concreção dos direitos fundamentais nela postos, tentando sempre esclarecer o quão obrigatórios são os mandamentos constitucionais, sobretudo, neste caso, os de criminalização, haja vista que um dos pilares deste trabalho é justamente o de trazer argumentos a fim de legitimar a atuação do STF no ato de “criminalizar” a homofobia em resposta à desídia daquele que detém a atividade típica de legislar e conformar a realidade em diapasão com as normas constitucionais.

Posteriormente, buscar-se-á tratar da clássica teoria montesquiana, trazendo à tona, principalmente, a importância do mecanismo da separação dos poderes na contenção do abuso de poder (MONTESQUIEU, 1995, p. 123), haja vista ser conteúdo nuclear para o desenvolvimento do que se visa propor nas entrelinhas do presente trabalho, bem como será intentado demonstrar, por meio dos ensinamentos daquele pensador francês, o papel secundário, à época do Estado Liberal, do que hoje se entende por Poder Judiciário.

Em continuidade, tratar-se-á sobre o movimento do Constitucionalismo como fator que proporcionou a Supremacia Constitucional, coadunando esta temática com o sistema de freios e contrapesos, como corolário da separação dos poderes, com maior atenção na relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Portanto, são estes os contornos em que se desenvolverá o primeiro capítulo do presente trabalho, como se poderá verificar nas seções que abaixo seguem.

## **2.1 O valor da Constituição: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o seu programa de direitos fundamentais**

De início, cabe aqui consignar, segundo os ensinamentos doutrinários de Fernandes (2017, p. 30) que, no mundo, sempre existiu Constituição, não nos moldes destas que hoje se verifica, mas a denominada, numa perspectiva sociológica, Constituição material (real), porquanto, refletia, como denota o autor acima citado, os respectivos “modos de ser” do Estado.

No mesmo sentido professa Cunha Júnior (2016, p. 19) ao discorrer, agarrado à concepção sociológica da Constituição construída por Lassalle, que a ideia de Constituição não é fruto da atualidade, haja vista ter sempre existido Constituição real e efetiva em todos os países.

Dito isto, destaca-se que, no texto “A Essência da Constituição” de Lassalle (1988) abstrai-se basicamente que a Constituição de dada comunidade política constitui-se unicamente dos fatores reais e efetivos de poder, devendo sempre corresponder a estes fatores. Não por outro motivo que, como leciona Xavier (2013, p. 301), a obra retrocitada sofrera grandes críticas, sobretudo por negar força normativa à Constituição.

Nada obstante, contrapondo-se a essa ideia, tem-se a relativização, trazida por Konrad Hesse, que sublinha a força normativa da Constituição (VIEIRA, 1998, p. 72) como algo preponderante na concreção de sua eficácia (VIEIRA, 1998, p. 78).

Percebe-se, portanto, que a vertente manifestada por Hesse é a que mais se harmoniza com o papel e real valor de uma Constituição que, à luz dos magistérios de Canotilho

(2017, p. 17), tomando de empréstimo trecho extraído do Tribunal Constitucional da África do Sul, aduz:

A constituição não é simplesmente uma espécie de codificação legislativa de um passado dividido e legítimo. [...] Constitui ruptura radical e decisiva para chegar a uma cultura constitucionalmente tutelada feita de abertura, de democracia e de direitos universais para todas as idades... todas as classes... todas as cores.

Não por outro motivo que enfatiza Cunha Júnior (2016, p. 19), no tocante ao exposto preteritamente, que “A diferença surgida em tempos mais recentes não é a presença de Constituições reais e efetivas, que sempre existiram, mas sim o aparecimento de Constituições escritas em folhas de papel”, de tal modo que, ainda segundo Cunha Júnior (2016, p. 19), foi-se possível testemunhar o surgimento, em dado momento histórico respectivo de alguns Estados modernos, de uma Constituição escrita no afã de assentar solenemente todas as instituições e princípios regentes do governo vigente.

É de se ressaltar, ademais, que a importância e o papel da Constituição têm como ponto de partida, também, o movimento do constitucionalismo moderno, melhor detalhado ulteriormente, cabendo aqui registrar a seguinte digressão: em sede de direito comparado, com fundamento na obra de Barroso (2010 p. 34), em *Marbury v. Madison* (1803)<sup>6</sup>, a Suprema Corte americana assentou o princípio da supremacia da Constituição, atribuindo ao Judiciário o dever de zelar por ela.

Logo, reatando o fio, ensina Moraes (2017, p. 25) que a origem formal do constitucionalismo está conectada [...] “às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa”, cuja proeminência concerne à organização do Estado e, sobretudo, na definição de limites ao poder do Estado por meio da consubstanciação de direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, colhem-se as instruções doutrinárias de Cunha Júnior (2016, p. 23) que, ao tratar do constitucionalismo moderno, diz que o sentido de Constituição diz respeito a uma força cuja potência pode limitar e vincular todos os órgãos do poder político, uma vez que, como um documento escrito e rígido, estende-se como uma norma suprema e fundamental.

Ato contínuo, preceitua ainda Cunha Júnior (2016, p. 23) que, em razão da superioridade, fundamentalidade e supremacia da Constituição, instituiu-se “um sistema de

---

<sup>6</sup> Segundo Cunha Júnior (2016, p. 62), com o caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, por obra do *Chief Justice* John Marshall, formou-se a doutrina da supremacia constitucional, formando-se, então, o sistema da *judicial review*. A decisão de Marshall teria representado a consagração não só da supremacia da Constituição em face de todas demais normas jurídicas, como também do poder e dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição.

responsabilização jurídico-política do poder que a desrespeitar, inclusive por meio do controle de constitucionalidade dos atos do Parlamento” (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 23).

Observa-se, portanto, ainda em conformidade com os pensamentos de Cunha Júnior (2016, p. 23), que a Constituição, para além de um simples manifesto político, perfaz-se e deve ser entendida como norma jurídica fundamental e suprema, já que, anteriormente ao movimento do constitucionalismo moderno, tinha-se uma outra noção de Constituição, deveras restrita, destituída de qualquer ferramenta de sanção que visasse à proteção de direitos fundamentais quando desrespeitados pelo governante, isto é, no contexto que precede o constitucionalismo moderno, tinha-se a presença de um Parlamento que era considerado absoluto, o qual não se submetia às disposições constitucionais (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 22).

Nessa ordem de ideias, cabe pontuar que a concepção de supremacia parlamentar não se harmoniza com a ideia de supremacia constitucional que advém do constitucionalismo moderno, posto que, em um Estado de Direito, que, segundo Barroso (2017, p. 1) é consequência do Constitucionalismo, toda e qualquer manifestação normativa deve estar em diapásão com a Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 26), enquanto que, professa Valdés (2006, p. 262), a “[...] concepção de supremacia incontrastável do Parlamento debilita o valor efetivo da Constituição, que não se encontra, nesse contexto, protegida contra o Legislativo”.

Nessa linha intelectual, explicita Tartuce (2020, p. 32) que:

[...] não se pode conceber um *Estado Legal puro*, em que a norma jurídica acaba sendo o fim ou o teto para as soluções jurídicas. Na verdade, a norma jurídica é apenas o começo, o ponto de partida, ou seja, o piso mínimo para os debates jurídicos e para a solução dos casos concretos. Vige o *Estado de Direito*, em que outros parâmetros devem ser levados em conta pelo intérprete do Direito. Em outras palavras, não se pode conceber que a aplicação da lei descabe para o mais exagerado *legalismo* [...].

Dessume-se, portanto, que a operatividade jurídica da Constituição era severamente atingida por conta da sobrevalorização da lei e do Parlamento, como explica Mendes (2017, p. 59), de modo que a “Supremacia do Parlamento e supremacia da lei eram aspectos de um mesmo fenômeno, hostil, por si mesmo, à ideia de um instrumento normativo superior ao Parlamento e à lei” (MENDES, 2017, p. 60), o que acabava por comprometer “[...] a noção de Constituição como instrumento com valor normativo efetivo, capaz de estabelecer parâmetros para aferição da validade jurídica dos atos dos poderes públicos” (MENDES, 2017, p. 60).

Neste caminho assevera Mendes (2017, p. 65) que:

Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade.

Portanto, como já superficialmente expendido e que será melhor delineado mais à frente, com o vicejar do constitucionalismo moderno e posteriormente do neoconstitucionalismo houve a ascensão da Constituição à posição de primazia frente aos demais documentos legais, sobretudo em sede de Brasil, visto que, leciona Barroso (2017, p. 52) “[...] o neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988”, devendo-se frisar que teve como mudanças viscerais, dentre outras, “o reconhecimento de força normativa à Constituição [...]” (BARROSO, 2017, p. 52).

Com efeito, afirma Mendes (2017, p. 73) que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 “[...] tem indubitosa propensão dirigente”, ou seja, a Constituição que hoje vige no Brasil é programática. Nessa linha, trazem-se à baila as prescrições doutrinárias de Paulo e Alexandrino (2017, p. 31), de onde se colhe que:

Embora boa parte do trabalho de nosso constituinte originário de 1988 tenha sido desfigurada pela enorme quantidade de emendas que a Constituição atual sofreu, pode-se, em uma grande síntese, afirmar que a Constituição de 1988 pretendeu dar ao Brasil a feição de uma social-democracia, de criar um verdadeiro Estado Democrático-Social de Direito, com a previsão de uma imensa quantidade de obrigações para o Estado, traduzidas em prestações positivas, passíveis, em tese, de serem exigidas pela população em geral, muitas como verdadeiros direitos subjetivos. Essa a razão da Carta de 1988 ter recebido o epíteto de Constituição Cidadã.

Logo, conforme as pregações doutrinárias de Sarlet (2009, p. 65), tem-se que o programa da CF/88 concerne em um conjunto de disposições que, como a própria classificação explícita, consiste em programas, fins e, também, imposições que devem necessariamente ser perseguidos e que dependem de conformação legislativa para tanto.

Ademais, é imprescindível destacar que, para Canotilho (2017, p. 19) “A Constituição tem um papel constitutivo”, de sorte que, um dos pressupostos desse “constituir” foi sistematizado por D. Grimm (2017, p. 19), a saber: “(v) a origem da lei constitucional é o povo que assim passa a ser considerado como a única fonte legítima do poder, devendo distinguir-se entre poder criador de uma constituição (poder constituinte) e poder regulado na própria constituição” (CANOTILHO, 2017, p. 19), bem como: “(vi) a lei constitucional emanada do poder constituinte assume-se como lei superior, detendo primazia e superioridade perante todos os outros actos normativos” (CANOTILHO, 2017, p. 19-20).

Nesse giro, denota Cunha Júnior (2016, p. 25) que:

Essa supremacia da Constituição (ou sua imperatividade reforçada e superlativa) em face às demais entidades normativas advém, naturalmente, da soberania da fonte que a produziu: o poder constituinte originário, circunstância que a distingue, sobremaneira, das outras normas do sistema jurídico, que são postas pelos poderes constituídos.

Portanto, sabendo-se que a CF/88 é suprema e programática, trazendo em seu corpo direitos e garantias fundamentais, há de se registrar, ante o exposto até agora, que é intolerável a confecção de qualquer norma às avessas da Constituição porque, incontestavelmente, isso seria como se se usurpasse a competência do poder constituinte originário (MENDES, 2017, p. 61), uma vez que, partindo dessa premissa, conclui-se que os poderes constituídos não podem atuar (ação/omissão) em desconformidade com os programas da CF/88 porque, por ser oriunda da voz do povo, acaba por condicionar os poderes constituídos (MENDES, 2017, p. 61).

Em razão disso é que salienta Sarlet (2009, p. 367) que o Poder Público, em especial o legislador neste caso, encontra nos direitos fundamentais catalogados na CF/88 uma limitação material de sua liberdade de conformação, justamente em decorrência de sua envergadura superlativa, de tal modo que, tal limitação também alcança a lentidão do legislador frente a mandados constitucionais que dizem respeito aos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 368), como os mandados de criminalização, por exemplo.

Sarlet (2009, p. 268) diz de que o “Constituinte de 1988, além de ter consagrado expressamente uma gama variada de direitos fundamentais sociais, considerou todos os direitos fundamentais como norma de aplicabilidade imediata”, vindo assim a afirmar que a norma inserta no art. 5º, §1º da CF/88 emana uma imposição ao poder público para que maximize a eficácia e alcance dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 268).

Portanto, o que se buscou apresentar nesse primeiro momento concerne ao entendimento de que a CF/88 detém força normativa e que por ser programática carece da atuação do legislador ordinário, devendo este, por sua vez, obrigatoriamente agir, quando assim dizer a Constituição, com vistas à concreção dos mandamentos provenientes das decisões do legislador constituinte originário, sobretudo no tocante às determinações constitucionais cujo núcleo diga respeito à dignidade da pessoa humana.

Dando prosseguimento, passa-se à tratativa acerca da teoria montesquiana da separação dos Poderes e do fortalecimento do Poder Judiciário e das Supremas Cortes, haja vista a relação direta com a ideia de supremacia constitucional, força normativa e a eficácia dos direitos fundamentais consagrados na CF/88, de tal modo que, como se poderá observar mais à frente, serão desdobramentos importantes na busca de legitimação da atuação do STF na decisão da ADO 26.

## 2.2 A teoria montesquiana da separação dos Poderes e a ascensão do Poder Judiciário e das Supremas Cortes

De antemão, é conveniente dizer que, segundo Pelicioli (2006, p. 22-24), acerca da ideia da separação dos Poderes, diversas foram as teorias, como, por exemplo, a Aristotélica, em *Ética a Nicômaco*; a Lockeana, em o *Segundo Tratado sobre o Governo Civil* e outros escritos e etc.

No entanto, para o presente momento, dentre as teorias que versam sobre a separação dos Poderes, a que se irá tratar, porque de maior pertinência à temática em apreço e ao propósito deste trabalho, é a montesquiana.

Assim sendo, tem-se que a teoria dos Poderes à montesquiana fora tratada em sua obra intitulada de “*O Espírito das Leis*”, que se perfaz, consoante Pelicioli (2006, p. 26), em um manual cujo cerne se volta para a política e para o Direito Constitucional. Nesse sentido, cumpre registrar o que Montesquieu disse em sua obra acerca dos Poderes, a saber: “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, 1996, p. 167).

Neste trajeto, é importante sublinhar que, para Montesquieu (1996, p. 168), o Poder é indivisível e uno, e em razão disso, é necessária, entre os órgãos do Estado, uma divisão de competências, de tal modo que, com vistas ao equilíbrio, cada Poder limite o outro no escopo de evitar abusos.

Com efeito, Montesquieu (1996, p. 168) deixa claro que tudo “[...] estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.

Assim, a ideia montesquiana relacionada à limitação dos Poderes, conforme o ponto de vista de Lima (2007, p. 1), tem relação com a liberdade, com um panorama de um governo moderado, pois, somente à égide de tal governo seria possível se consubstanciar a garantia de liberdade dos cidadãos.

A predileção do regime moderado por Montesquieu, agora sob a ótica de Mendes (2017, p. 57), arvora-se justamente porque neste regime é factível o existir de uma Constituição onde se verificaria a coexistência de poderes diferentes que, apesar disso, equilibram-se.

É possível constatar isso na passagem da obra em que Montesquieu (1996, p. 168) preconiza que, quando “[...] na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder

legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente”.

Com base nas proposições de Montesquieu (1996, p. 172), o Poder Judiciário, ou melhor dizendo, o poder de julgar, seria de certo modo apático, destituído de qualquer independência, reduzindo-se a um poder nulo, praticamente invisível, de tal maneira que, conforme leciona Piçarra (1989, p. 111), para o pensador francês, a ideia do que se tem hoje como Poder Judiciário resumia-se a um poder de julgar subjacente aos Poderes Executivo e Legislativo, sendo estes, de fato, os poderes políticos.<sup>7</sup>

Ademais, em relação ainda ao Poder Judiciário, destaca Montesquieu (1996, p. 175) que o juiz deveria ser única e exclusivamente a “boca da lei”, o que acaba por retirar do magistrado, como pontua Medeiros (2008, p. 197), qualquer margem jurídico-funcional-constitutivo, restringindo-se, no tocante à aplicação da lei, a operações eminentemente lógicas, não passando assim os juízes, concluindo Medeiros (2008, p. 197), de seres autômatos com a finalidade de decidir com assento na fiel reprodução da lei.

Nesse sentido, Montesquieu (1996, p. 175) pormenoriza que “[...] os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.<sup>8</sup>

Ainda nesse aspecto, Montesquieu (1996, p. 172) destaca que o poder de julgar “é, de alguma forma, nulo”, e completa dizendo que este poder, “[...] tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo” (MONTESQUIEU, 1996, p. 169).<sup>9</sup>

Nesta senda, cumpre salientar que, como já se faz possível constatar ante ao que já fora até agora discorrido, o Judiciário assumia, frente aos outros Poderes, papel secundário no Estado Liberal, de timidez, e, por que não dizer, diminuto (LIMA, 2007, p. 7), o que contrasta com a independência e força que ora o Judiciário detém.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Percebe-se a partir da obra que o pensador clássico não fala em Poder Judiciário. E assim completa, ao se referir sobre o poder executivo daquelas que dependem do direito civil: “[...] Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado” (MONTESQUIEU, 1996, p. 167).

<sup>8</sup> Referente a isso, interessante é a passagem em “Dos freios e contrapesos entre os Poderes do Estado”, onde o professor Omatti (1977, p. 76) relata que o controle de constitucionalidade das leis, pela Suprema Corte, em consequência paradoxal, um papel político de grande importância, utilizando-se de Pontes de Miranda, face à independência e o papel de destaque do Judiciário, para enfatizar o erro de Montesquieu.

<sup>9</sup> Para Montesquieu (1996, p. 170), os tribunais não deveriam ser fixos. No entanto, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso de lei.

<sup>10</sup> Dimoulis (2011, p. 217), em “A relevância prática do positivismo jurídico” argumenta que a principal característica da experiência jurídica brasileira após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o fortalecimento do Poder Judiciário, segundo uma tendência que se manifesta em vários países, mas adquiriu particular intensidade no Brasil.

Hoje, o cenário que se vislumbra é diametralmente oposto ao que fora exposto nos pretéritos parágrafos, porquanto, como propõe Barroso (2017, p. 15), o Poder Judiciário e, sobretudo, em se tratando de Brasil, o STF, tem ocupado lugar de destaque tanto em sede política quanto no imaginário da sociedade.

Frisa-se que, contrariamente ao que denotava Montesquieu (1996, p. 175), o vigente realce ao Judiciário e à Suprema Corte não se atém ao âmbito nacional, mas ocorre, do mesmo modo, em diferentes partes do mundo, visto que, conforme Barroso (2017, p. 15), os tribunais constitucionais ascenderam ao ponto de protagonizarem embates políticos, sociais, morais e controversos.

Neste sentido, explicita Barroso (2017, p. 15) que, em muitos países democráticos, no pós Segunda Guerra Mundial, foi possível constatar em sede de política oriunda dos Poderes Executivo e Legislativo, um avanço da justiça constitucional. Em continuidade, Barroso (2017, p. 15), em seu artigo acadêmico intitulado “O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto”, traz numerosos exemplos do quanto a justiça constitucional avançou sobre o terreno da política majoritária, como, por exemplo, a eleição estadunidense de 2000 em que a decisão foi proferida pela Suprema Corte.<sup>11</sup>

Até a Segunda Guerra Mundial, como leciona Barroso (2017, p. 4), tinha-se um modelo de Estado ao contrário do que hoje se vivencia, ou seja, ao contrário do Estado Constitucional de Direito, a saber: Estado Legislativo de Direito, e ainda segundo Barroso (2017, p. 4), neste modelo de Estado a Constituição não detinha a eficácia que detém hoje, melhor dizendo, as normas constitucionais não eram diretamente aplicadas porque dependentes da atuação do legislador e/ou administrador.

Com efeito, no Estado Legislativo de Direito inexistia o mecanismo imprescindível à consubstanciação do que hoje se denomina Estado Constitucional de Direito, qual seja: o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, haja vista, como já dito anteriormente, ter-se àquela época um Judiciário acanhado, de arrefecida relevância, por assim dizer (BARROSO, 2017, p. 4), onde o centralismo cabia, ainda, segundo Barroso (2017, p. 4) à lei, ou seja, à supremacia do parlamento.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Barroso (2017, p. 15), em “O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto”, também traz como exemplo do avanço da justiça constitucional sobre o terreno da política majoritária, a decisão da Suprema Corte de Israel sobre a construção de um muro na divisa com o território palestino e, na França, a decisão do Conselho Constitucional que legitimou a proibição da burca, etc.

<sup>12</sup> Em “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”, Barroso (2017, p. 4) deixa claro que no modelo de estado legislativo de direito não existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento.

Neste sentido, conclui-se que o Estado Constitucional de Direito se solidifica depois da Segunda Guerra Mundial, vindo assim a Constituição, como professa Barroso (2017, p. 5), a ter validade como norma jurídica, onde seus mandamentos normativos passam a incidir diretamente no plano fático, onde a centralidade, que anteriormente era da lei, do parlamento, passa a ser, como pondera Barroso (2017, p. 5), da Constituição.

Isso se deu porque, como ainda salienta Barroso (2017, p. 1), no século XX esta foi a ideologia que prosperou, isto é, a pertinente ao constitucionalismo democrático, suplantando ideologias alternativas com teores autoritários. Ensina Barroso (2017, p. 2) que, foi deste modo, portanto, que se transitou de um Estado autoritário e intransigente para um Estado democrático de direito, o que alçou os juízes e a Suprema Corte ao protagonismo que se vê nos dias atuais.

Ainda, nessa perspectiva de protagonismo do Judiciário e da Suprema Corte, tratando-se de Brasil, instrui Barroso (2017, p. 15) que, ganhou forma e se fortaleceu a denominada judicialização da vida e o ativismo judicial, ou seja, em vez de os juízes serem somente “bocas da lei”, em vez de serem somente meros coadjuvantes, passaram a ser os principais atores na solução de problemáticas multidisciplinares e dialeticamente relevantes, tanto do ponto de vista moral, político, social, econômico e outros (BARROSO, 2017, p. 16).

Assim, com base no exposto até agora, infere-se que um dos fatores que fez com que o Judiciário e as Supremas Cortes alçassem posição de destaque foi a centralidade que a Constituição passou a ter no pós Segunda Guerra Mundial, os desdobramentos carreados pelo Constitucionalismo e o motivo de ser do Estado Constitucional de Direito.

Para mais, complementando e dando continuidade ao que já foi explicitado anteriormente, nos parágrafos seguintes se buscará delinear acerca das consequências do Constitucionalismo e da ascensão da Constituição como norma suprema juntamente com o sistema de freios e contrapesos numa perspectiva de controle do judiciário, com franquia no controle de constitucionalidade das leis, frente aos outros Poderes, visto que, este mecanismo, como deslinda Ommati (1977, p. 74), constitui-se como o mais importante freio na concretização de um convívio harmonioso entre as instituições políticas.

### **2.3 A Supremacia Constitucional: a função de freio e contrapeso do Judiciário em face do Poder Legislativo**

Como já exposto em outras passagens, os ensinamentos de Barroso (2017, p. 16) sustentam que, no pós Segunda Guerra Mundial, em muitos países, foi que a Constituição, como documento normativo mais importante, ocupou sua posição de centralidade.

Resta, portanto, aduzir, utilizando-se dos magistérios de Cunha Júnior (2016, p. 20), que isso se deu em razão do constitucionalismo do século XVIII, mais precisamente falando, o constitucionalismo moderno, que veio à tona com o afã originário de limitar poderes a fim de evitar abusos.<sup>13</sup>

Nessa oportunidade, cumpre explicar, com esteio nos ensinamentos de Cunha Júnior (2016, p. 20) que, concomitantemente com a finalidade de limitar poderes, com o constitucionalismo moderno vingou o intuito de confecção de uma Constituição que zelasse por direitos fundamentais, de modo que acabou por representar um mecanismo singular com fins garantísticos e de limitação do poder (CANOTILHO, 1997, p. 47).<sup>14</sup>

É oportuno, ainda, sublinhar que, como define Barroso (2017, p. 7), no tocante à transformação que dá à Constituição posição de primazia no ordenamento jurídico, tem-se que o marco filosófico aí vigente é o do pós-positivismo que, com aconchego nas preleções de Fernandes e Bicalho (2011, p. 114), trouxe como principal característica, dentre outras, a equiparação dos princípios às regras, alçando então a categoria de normas jurídicas, contrariamente ao que ocorria no positivismo.<sup>15</sup>

Deste modo, esclarece Barroso (2017, p. 8) que com o pós-positivismo as disposições constitucionais passam a ter aplicabilidade direta e imediata uma vez que são reconhecidas como detentoras de força normativa, o que acaba por criar novos paradigmas.

Em sede de Brasil, ainda em conformidade com as disposições expostas por Barroso (2017, p. 8), tem-se como transformação oriunda do pós-positivismo, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal receber e analisar problemáticas relacionadas a debates políticos, moral e social, o que reforça mais uma vez o papel de independência e força do Poder Judiciário e da Suprema Corte.

Nada obstante isso, para o presente momento é interessante que se saiba o quão importante e nevrálgico são os princípios constitucionais, sobretudo no tocante à sua força

---

<sup>13</sup> Neste ponto, preconiza Temer (2002, p. 21) que o constitucionalismo não se destinou a dar uma “Constituição” aos Estados, posto que, como já afirmado aqui, a ideia de Constituição sempre existiu, pelo menos em sentido material, mas sim, a fazer com que os Estados/Constituições trouxessem consigo preceitos que pudessem assegurar a separação das funções estatais e dos direitos fundamentais.

<sup>14</sup> De fato, Canotilho (1997, p. 51) em “Direito Constitucional e Teoria da Constituição” esclarece que o constitucionalismo moderno se qualifica como uma teoria normativa cujo cerne é a ideia de governo limitado e de garantias individuais, de sorte que, tem como temas centrais a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades. Neste mesmo sentido, ver Cunha Júnior (2016, p. 21) em “Controle de Constitucionalidade: teoria e prática”.

<sup>15</sup> Barroso (2010, p. 276) em seu Curso de Direito Constitucional contemporâneo pontua que, ao tratar do positivismo jurídico, a aplicação do Direito consistia em um processo lógico-dedutivo de submissão lei, que era a premissa maior, da relação de fato, que era a premissa menor, redundando assim numa conclusão natural e óbvia, meramente declarada pelo intérprete, que não desempenharia, portanto, qualquer papel criativo.

normativa adquirida com o pós-positivismo, pois, tratando-se de Brasil é sabido que, consoante as lições de Fernandes (2017, p. 43), a Constituição Brasileira de 1988 é principiológica.

Na oportunidade, pontua-se que o tecido social vigente não tem como sustentáculo os ditames do marco filosófico do positivismo<sup>16</sup>, onde se via uma preponderância da instância legislativa de tal monta que tudo que concernia ao mundo jurídico se reduzia à lei, numa simplificação ferrenha pela busca do “mens legislatoris” (ZAGREBESLKY, 2007, p. 33).

Mamari Filho (2005, p. 17) argumenta que à luz do positivismo os princípios teriam apenas natureza meramente supletiva ou interpretativa, desnudados que eram de qualquer força normativa. Na mesma esteira, elucida Schier (2005, p. 116) que os princípios eram inseridos nos textos legais com caráter de fonte normativa subsidiária, como verdadeiros meios de colmatação de “lacunas” da sistemática legalista.

Desta maneira, reitera-se a necessidade de se saber a relevância e a função que os princípios detêm hoje, tanto pelo fato de a Constituição Federal de 1988 ser principiológica, quanto pelo fato de, com o pós-positivismo, como propõem Fernandes e Bicalho (2011, p. 119), terem se convertido em normas com o condão de diretamente regular condutas.

Também é pertinente, como desdobramento deste marco filosófico, trazer o destaque que é dado ao neoconstitucionalismo porque se conecta umbilicalmente à finalidade do tema proposto.

Dito isto, traz-se de pronto as lições de Barroso (2017, p. 15) que em “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”, afirma que o neoconstitucionalismo<sup>17</sup> foi de fundamental importância na edificação do Estado constitucional de direito, bem como na sedimentação da movimentação dos direitos fundamentais à posição de centralidade e reaproximação entre Direito e ética.

Ante o exposto, não se pode furtar ao registro acerca do entendimento firmado por Barroso (2010, p. 286) no sentido de que com o neoconstitucionalismo o mundo jurídico ganhou novos componentes, materializando-os em princípios, quais sejam: os valores éticos e morais,

---

<sup>16</sup> Streck ([?], p. 04) em “Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o ‘O problema da discricionariedade dos juízes’”, relata algo muito pertinente a esse respeito, quando professa que a importância desse debate está no fato de que o novo paradigma de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) se torna possível a partir de algo novo introduzido no discurso constitucional: os princípios, que passam a representar a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo.

<sup>17</sup> Acerca do neoconstitucionalismo, Streck ([?], p. 02) ensina que das teorias do discurso à fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias realistas, os últimos cinquenta anos viram florescer teses com objetivos comuns no campo jurídico: superar a concepção do direito entendido como um modelo de regras, resolver o problema da incompletude das regras, solucionar os casos difíceis (não “abarcados” pelas regras) e a (in)efetividade dos textos constitucionais, nitidamente compromissórios e principiológicos, comprometidos com as transformações sociais.

de tal forma que, ainda à égide das preleções de Barroso (2010, p. 305), o neoconstitucionalismo, sufragando toda a narrativa até agora expendida, sintetiza em si o constitucionalismo democrático, cujo marco filosófico fora o pós-positivismo, que criou terreno fértil para que a Constituição detivesse, a partir de então, força normativa, propiciando assim sua expansão em campo marcado por nova hermenêutica.

Nesse sentido, destaca-se que o momento atual consiste num cenário onde se superou a supremacia do Parlamento para entrar em cena a supremacia da Constituição, sendo importante explicar, como ensina Mendes (2017, p. 65), que essa resultante provém de reflexões propiciadas pelo trâmite da História simultaneamente com o enfoque no aperfeiçoamento de mecanismo de controle de poder.

Não é por menos que hoje, é possível se vislumbrar um cenário de superioridade da Constituição e de subordinação dos Poderes por ela constituídos, tendo como ferramenta para, não só fazer valer essa superioridade, mas também para inibir ou reprimir qualquer abuso de poder, o controle de constitucionalidade (MENDES, 2017, p. 65).

Não é à toa que nos dias atuais se pode enfatizar categoricamente que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é dotada de valor normativo supremo, perfazendo-se em um documento que traz consigo valores morais e políticos, dentre outros, o que acaba por caracterizar o que se denomina de neoconstitucionalismo (MENDES, 2017, p. 65).

Assim, tratando-se da CF/88, apesar de existir regras em suas passagens, explica Fernandes (2017, p. 43) que predominam os princípios, constituindo-se em normas de elevado grau de abstração, e que, consoante Cunha Júnior (2016, p. 24), são dotados de juridicidade ao ponto de se constituírem em imperativos no tocante à obrigatoriedade de comportamento.

Deste modo, sabendo-se que hoje a Constituição guarda posição de supremacia, em decorrência do constitucionalismo moderno porque, em linhas gerais, da sistematização teórica do Estado liberal (BUZANELLO, 1997, p. 30), não resta qualquer margem de dúvida de que os mandamentos constitucionais devem ser observados à risca.

Com Barroso (2017, p. 8-9) é possível a corroboração de que a Constituição brasileira de 1988 é revestida de supremacia tanto formal quanto material, cabendo destacar que a supremacia material se concretizou com a normatização dos princípios.

Assim sendo, a Constituição é o parâmetro o qual todos os ramos do Direito devem se subordinar com fulcro no entendimento de que as normas constitucionais, como bem pontua Barroso (2017, p. 9), irradiam-se em todo o sistema jurídico, ou seja, em qualquer operação envolvendo o Direito haverá, portanto, aplicação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma vez que, como explica Barroso (2017, p. 9), os princípios provenientes

dela passam a ser condicionantes de validade e a dar sentido a todas as demais normas que abaixo dela vigem.

Para mais, é relevante ainda sublinhar, mesmo que de forma digressiva, mas que traz íntima relação com o que já fora aqui esposado e será de suma importância para entendimento do que virá depois, que o sistema de freios e contrapesos é um desdobramento da separação dos Poderes, porque, como leciona Medeiros (2008, p. 203), a realidade constitucional traz consigo uma separação de Poderes em que se verificam mecanismos de freios e contrapesos, que, além de independentes são harmônicos entre si<sup>18</sup>, não os sendo, portanto, estanques e herméticos (MEDEIROS, 2008, p. 203).

Nesta senda, não deixa de ser justo argumentar que Montesquieu (1996, p. 166) não visou à validação da ideia da impenetrabilidade mútua dos Poderes, mas, pelo contrário, aduziu que deveriam agir em equilíbrio e em prol da liberdade em face de abusos de poder, de sorte que, para que estes não ocorram é imprescindível que o poder freie o poder.

É justamente em razão disso que se verifica a possibilidade de o Judiciário frear e contrapor os demais Poderes, aqui, em especial, por razões do tema em debate, o Poder Legislativo, por meio do mecanismo do controle de constitucionalidade, como forma de, instrui Ommati (1977, p. 74), guardar e zelar pelos mandamentos constitucionais.<sup>19</sup>

Dentre esses mecanismos de controle está a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que é um dos assuntos centrais que permeiam este trabalho na busca pela defesa de que o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para colmatar lacunas indignas, como se sucedeu nos exatos termos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, o que será desenvolvido com mais pormenor em momento oportuno.

Para o momento, resta entender o porquê da supremacia constitucional hoje vigente e, sobretudo, de sua força normativa, da centralidade de seus direitos fundamentais e da necessidade de todas as normas do ordenamento jurídico lhe observarem, sempre adstrita ao que apregoa e determina a Constituição, porque é de suma importância para a desenvoltura do presente trabalho e para a compreensão dos demais capítulos e seções.

---

<sup>18</sup> É o que está disposto no Art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>19</sup> Ommati (1977, p. 74) em “Dos freios e contrapesos entre os Poderes do Estado” professa que o controle de constitucionalidade de leis e atos constitui-se em freio da mais alta importância para o funcionamento harmonioso das instituições políticas. É o único freio que o Judiciário tem sobre os demais poderes. Percebam que o texto do professor é datado de 1977, ou seja, antes da promulgação da CF/88, a ideia de controle de constitucionalidade como instrumento importante de freio e contrapeso do Judiciário em face dos outros poderes já se fazia presente no Brasil.

### **3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO**

Levando em conta o conteúdo central do que se busca aqui discorrer, tratar do instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) é de inegável importância no desenvolvimento do presente trabalho. Por esse motivo, na primeira seção deste capítulo buscar-se-á detalhar teoricamente o que é a ADO, sobretudo no que tange a sua finalidade.

Deste modo, ter-se-á como assaolho estruturante, principalmente, os estudos da doutrina, de onde se colherá maior parte do material que servirá como base das tratativas concernentes à ADO, instrumento constitucional este de muita relevância na concreção dos ditames dispostos na CF/88.

Na seção seguinte ainda se tratará em específico da ADO numa perspectiva menos metodológica do ponto de vista do estudo teórico do instrumento em si, voltando-se mais para a sua finalidade principal de fazer com que, neste caso em especial, o Poder Legislativo, labore em sua atividade típica no objetivo de maximizar os mandamentos constitucionais.

Por fim e ao cabo, na última seção do presente capítulo falar-se-á, em uma leitura sistemática com a ADO, sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de guardião da Constituição, cabendo-lhe buscar sua materialização no plano fático. A ideia aqui é a de reforçar ainda mais a legitimação deste Tribunal no tocante à decisão firmada na ADO 26, como se poderá entender melhor adiante.

#### **3.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**

De início, explicita Fernandes (2017, p. 1532) que a ADO é espécie de controle concentrado cuja finalidade, no STF, é a declaração de inconstitucionalidade que tem como fonte a omissão dos Poderes Públicos nas suas respectivas funções em sede de concreção do que se irradia da Constituição.

Pontua-se, por conseguinte, nesse mesmo trajeto, os dizeres professados por Moraes (2017, p. 553), segundo o qual, a pretensão do constituinte de 1988 com a ADO não é outra que não a de garantir plena eficácia às normas constitucionais cuja incidência plena na realidade só fosse viável com a complementação proveniente do agir do legislador infraconstitucional.

Por sua vez, Mendes (2017, p. 1093), não muito diferente dos anteriores autores e juristas citados, com aporte no art. 103, § 2º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988)<sup>20</sup>, sustenta que a ADO busca justamente tornar efetivas as prescrições constitucionais porque, como leciona Cunha Júnior (2016, p. 255), uma omissão em detrimento das determinações constitucionais é tão grave quanto o agir em discrepância com a CF/88.

Ensina Cunha Júnior (2016, p. 255) que o Constituinte de 1988, ao engendrar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o fez sob forte influência da Constituição Portuguesa de 1976, que também criou esse mecanismo constitucional a fim de buscar solucionar a problemática acerca da inércia do Poder Público.

Na mesma sintonia está Segado (2017, p. 63), que define ser a Constituição portuguesa a fonte última de inspiração do constituinte de 1988 na criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Assim sendo, cumpre utilizar-se dos magistérios de Cunha Júnior (2016, p. 256) para esclarecer que a natureza da ADO se confunde com a da ação direta de inconstitucionalidade por ação uma vez que é a mesma, a saber: a instauração de processo objetivo em sede de controle abstrato com foco na prevalência das instruções constitucionais.

Segado (2017, p. 76) explica que a ADO é evidentemente um mecanismo de salvaguarda da Constituição, alçando posição de tamanha importância que se precisou elaborar a Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009 (BRASIL, 2009) cujo fim, como propõe Cunha Júnior (2016, p. 256), é a defesa objetiva da higidez do Texto Constitucional.

Nessa ordem de pensamento, tendo como esteio a cabeça do art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988)<sup>21</sup>, compreende-se pela dicção literal deste dispositivo, que ao STF cabe precipuamente a guarda da CF/88, ou seja, na omissão do Poder Legislativo em agir de modo a criminalizar a homofobia, ao Supremo Tribunal Federal compete guardar e proteger a incolumidade da Constituição, pois, como bem expressa Segado (2017, p. 77), tem serventia o uso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão quando da quiescência dos Poderes Públicos que exorbitam a razoabilidade a ponto de vilipendiar a CF/88.

Nesse sentido, Mendes (2017, p. 1093) esclarece que a função de guardião dada expressamente pela própria Constituição ao STF demonstra que a esta Corte Constitucional

---

<sup>20</sup> O Art. 103, §2º da CF/88 entoa que quando for declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

<sup>21</sup> O Art. 102, CF/88 diz o seguinte: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”.

compete conhecer de ocasionais omissões dos órgãos que compõem o Poder Público em sentido lato.

Com efeito, professa Mendes (2017, p. 1094), a confecção de leis pelo legislador ordinário é de fundamental importância na efetivação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, haja vista o contexto atual em que se vivencia a realidade do Estado Constitucional de Direito.<sup>22</sup> Como forma de corroborar isso, Mendes (2017, p. 1094) destaca a clássica fórmula inscrita no art. 5º, II da CF/88 (BRASIL, 1988), que preconiza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, dentre outras passagens constitucionais no mesmo sentido.

Deveras, é incumbência do Poder Público, neste caso, na pessoa do legislador ordinário, concretizar a ordem constitucional, devendo, como ensina Mendes (2017, p. 1094), conformar o plano fático conforme dispõe o Texto Constitucional, sendo necessário frisar que, sob a ótica de Moraes (2017, p. 553), não se pode confundir omissão com faculdade, uma vez que, enquanto esta última está relacionada à discricionariedade legítima do legislador, aquela diz respeito a uma obrigação, de modo que, somente neste último caso é que se fala na possibilidade de omissão inconstitucional.

De fato, ensina Canotilho (1993, p. 354) que a omissão do legislador ordinário só é ultrajante quando guarda relação com um mandamento constitucional em que se verifica a exigência de uma ação, uma imposição.

Ainda, em sua obra intitulada de “Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas”, Canotilho (1982, p. 334) enfatiza que não se pode aquiescer com a compreensão de que a omissão se configura por si só num simples “não atuar”, mas que, há que se falar em omissão inconstitucional quando não se vê o cumprimento de imposições constitucionais concretas.

Não por outro motivo que Barroso (2012, p. 54) pondera que a mera letargia que pode ser abstraída do simples “não fazer” do legislador, por si só, não configura omissão inconstitucional, posto que, diz respeito à margem de discricionariedade que ele tem na sua tarefa política de legislar.

Nessa acepção, o que se colhe das diretrizes doutrinárias de Cunha Júnior (2016, p. 263) é que não há que se falar em omissão inconstitucional se o “não agir” do legislador ordinário não tiver o tom da indispensabilidade no que diz respeito à materialização da norma

---

<sup>22</sup> É possível constatar isso na maioria das normas constitucionais que conferem, facultativa ou obrigatoriamente, ao legislador ordinário a tarefa de restringir ou regulamentá-las.

constitucional, ou seja, não basta simplesmente não agir, mas, não agir indevidamente porque em desídia com determinação constitucional.

Assim sendo, no tocante à “criminalização da homofobia”, o que seria o art. 5º, XLI da Constituição brasileira que preconiza que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988) que não uma obrigação constitucional imposta ao legislador ordinário, porquanto, a própria Constituição pontifica que um dos seus objetivos fundamentais é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, como descrito no inciso IV do art. 3º da CF/88? (BRASIL, 1988).

É o que o professor de Coimbra, Canotilho (2002, p. 1021-1022), classifica como “mandados constitucionais de legislar em sentido estrito”, os quais, segundo este professor ensina, vinculam de forma permanente o legislador para que, concretamente, adote medidas legiferantes na busca pela realização concreta da Constituição, pois, caso contrário, há de se falar em omissão inconstitucional.<sup>23</sup>

Diz-se, assim, que a omissão inconstitucional se manifesta de várias formas. Utilizando-se dos magistérios de Cunha Júnior (2016, p. 265) a omissão inconstitucional pode ser tanto total quanto parcial; formal e material; absoluta e relativa. Deste modo, configura-se a omissão total quando o dever de agir do poder público for integral, sendo, portanto, parcial, quando o poder público apesar de agir não o faz a contento (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 266).

Nesta senda, como já explicado na parte introdutória do presente trabalho, a não criminalização da homofobia, por meio de confecção de norma penal especial nesse sentido, pelo Poder Legislativo, encaixa-se na modalidade de omissão inconstitucional total, bem como, por consequência, na modalidade de omissão formal, porquanto, ensina Cunha Júnior (2016, p. 272) que “[...] a omissão formal e a omissão material nada mais são do que a omissão total e parcial, respectivamente”.

Ainda no aspecto das modalidades de omissões inconstitucionais, pode-se alocar a omissão inconstitucional do poder legislativo em não criminalizar a homofobia na definição de omissão inconstitucional absoluta, posto que, pontifica Cunha Júnior (2016, p. 272) que este

---

<sup>23</sup> “[...] O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão [...]” (ADI 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30/05/03).

tipo de omissão se caracteriza pelo fato de o legislador, quando da necessidade de sua atuação, quedar-se inerte por completo. Deste modo, tem-se que a omissão inconstitucional versada neste trabalho é total, formal e absoluta, no que concerne à parte que trata da não criação de lei penal que discipline em específico sobre a criminalização de condutas que dardejам as liberdades e direitos fundamentais da comunidade LGBT.<sup>24</sup>

No entanto, compete pontuar que, no tocante à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, de onde se extrai importante desenvolvimento jurídico e de ideias do então relator, Ministro Celso de Mello, fala-se, com fundamento na interpretação conforme à Constituição, em omissão inconstitucional parcial, material e relativa, uma vez que, não teria o legislador realizado de maneira completa, de modo a não alcançar a comunidade LGBT, a noção de racismo disposta na Lei nº 7.716/89, acabando assim por confranger o Texto Constitucional no que determina seu inciso XLII do art. 5º (BRASIL, 2019, p. 2).

Nesse ponto em específico, tratar-se-á mais à frente com maiores detalhes, pois, levando em conta a não tutela penal pelo legislador na Lei nº 7.716/89 à discriminação oriunda da orientação sexual ou da identidade de gênero, tem-se uma omissão inconstitucional parcial, pois, como veicula Cunha Júnior (2016, p. 266), este tipo de omissão ocorrerá quando “o censurável silêncio transgressor do poder público ocorre somente em parte, ou seja, o poder público atua, mas de forma incompleta ou deficiente, sem atender fielmente aos termos exigidos pela Constituição”, o que demandará outra postura decisória da Corte Constitucional, como se poderá verificar melhor posteriormente.

Demais disso, registra-se que o reconhecimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil só se deu, expressamente, com a Constituição de 1988, pontuando nesse sentido Cunha Júnior (2016, p. 277) e, como já apontado em outros momentos deste trabalho, mesmo sabendo-se que esse mecanismo de salvaguarda da CF/88 teve como inspiração a Constituição portuguesa, Cunha Júnior (2016, p. 277) pondera que a inconstitucionalidade por omissão plasmada na Constituição brasileira trouxe consigo maiores avanços, sendo um deles, a possibilidade de se considerar “[...] omissão inconstitucional qualquer medida dos órgãos políticos do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) e até mesmo dos órgãos simplesmente administrativos [...]”.

---

<sup>24</sup> É importante esclarecer que há projetos de leis, como o PLC 122/2006 e o PLS 515/2017, por exemplo, cuja finalidade é criminalizar a homofobia. No entanto, como se observa, até o presente momento nenhum deles foram convertidos em lei. A situação atual do PLC 122/2006, por exemplo, é de que está arquivada ao final da legislatura, em 26/12/2014, o que reforça a despreocupação do legislador ordinário nesse sentido. Para mais, acessar: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>.

Ante o exposto, consolida-se a importância de registrar que hoje não se deve encarar a inconstitucionalidade por omissão como o outro lado da moeda da inconstitucionalidade por ação, mas sim como uma ação autônoma, independente, como bem salienta Douglas (2014, p. 55-56).

Nesse mesmo trilho caminha Segado (2017, p. 76) ao dizer que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um instituto autônomo e que não se deve confundi-la com a ação direta de inconstitucionalidade, embora sejam perceptíveis, entre elas, alguns elementos comuns, como, por exemplo, a legitimação.

Deste modo, convém argumentar, justamente em razão dessa autonomia e de estar expressamente disposta na CF/88, o quão considerável é a envergadura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil, já que, em sede de Direito comparado, leciona Cunha Júnior (2016, p. 274-275), que países como a Alemanha, Áustria, Itália, dentre outros, não possuem qualquer norma expressa em suas constituições que venham a instituir a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Nada obstante, estes países, segundo Cunha Júnior (2016, p. 275), por intermédio de suas respectivas Cortes Constitucionais e com vistas à consecução de fins semelhantes aos oriundos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, têm buscado obter por meio da adoção de técnicas que giram em torno da interpretação a concreção dos mandamentos de suas Constituições.

Ensina Cunha Júnior (2016, p. 275), utilizando-se de alguns exemplos, que na Alemanha, por meio do “Bundesverfassungsgericht”, a jurisprudência permitiu o controle das omissões via “konkretisierung”, que é o processo de concretização face à inércia do legislador que obsta o exercício dos direitos fundamentais. Cunha Júnior (2016, p. 275) também usa como exemplo os trabalhos da Corte Costituzionale, na Itália, que soluciona as problemáticas referentes às omissões inconstitucionais através do proferimento de sentenças “aggiuntive” ou “additive”.

Nesse enredo, verifica-se quão gravosa é a omissão do legislador face à necessidade de agir a fim de que se possa realmente efetivar os anseios que irradiam de um texto constitucional. Na verdade, seria mesmo um desatino engessar tais possibilidades jurídicas com o argumento de que o Judiciário estaria se imiscuindo na esfera de competência do Legislativo, uma vez que, esclarece Streck (2004, p. 788), trata-se de uma exigência constitucional de ação, e não simplesmente de um dever genérico de legislar. Conforme Veloso (2003, p. 252): “[...] a inércia que justifica esta ação de inconstitucionalidade é uma omissão ‘qualificada’, então implica o descumprimento de um específico dever jurídico-constitucional de legislar”.

Portanto, não se pode deixar de realçar que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é instrumento de fundamental importância na busca pela efetivação das determinações constitucionais, sobretudo, quando se fala que, como tece Barroso (2017, p. 5), o movimento do constitucionalismo possibilitou o reconhecimento da força normativa da Constituição, e, no Brasil “[...] ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade”, que tem como pano de fundo e força motriz o anseio de viabilizar as normas constitucionais, tornando-as aplicáveis direta e imediatamente (BARROSO, 2017, p. 5), e, como já sufragado em passagens anteriores, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem papel relevante nessa missão.

### **3.2 A ADO como resposta à omissão inconstitucional**

É importante destacar, para a presente seção, com enfoque no que já foi trabalhado até o momento, que, em conformidade com Douglas (2014, p. 35), o Neoconstitucionalismo fez gestar no Brasil a doutrina da efetividade, e segundo Barroso (2012, p. 28-29), isso visa com que as normas constitucionais sejam direta e imediatamente aplicáveis com a maior projeção possível de sua densidade normativa.

Neste sentido, a doutrina da efetividade fomenta o objetivo de assegurar no plano concreto que direitos subjetivos albergados pela Constituição possam ser exigidos diretamente tanto do Poder Público quanto de particulares, e que o Poder Judiciário, ensina Douglas (2014, p. 35), mais do que qualquer outro, tem o dever de assegurá-los. Não é por menos que se verifica na CF/88, em seu art. 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (BRASIL, 1988), por exemplo.

Ademais, para entender melhor o que se visa propor neste momento é imprescindível saber qual norma constitucional pode ser vilipendiada por omissão. Deste modo, basta saber que, consoante a classificação proposta por Silva (2004, p. 117), o qual divide as normas constitucionais em norma de eficácia plena, contida e limitada, estas últimas sofreriam tal violação, pois, nitidamente dependem de regulamentação pelo Poder Legislativo para que detenham eficácia no plano fático, do mesmo modo explicando Douglas (2014, p. 58) com base nos ensinamentos daquele autor.

Nada obstante isso, essa distinção feita por Silva (2004, p. 117), em importante magistério proposto por Douglas (2014, p. 58), não seria mais suficiente em razão da complexidade do tema em apreço, de modo que, até mesmo normas de eficácia plena, de certo modo, teriam carência de certa normatividade por parte da atuação do Poder Público.

Assim sendo, é possível afirmar que a omissão inconstitucional ocorre quando o legislador ordinário se queda inerte em elaborar lei cuja regulamentação é necessária para a realização material da norma constitucional (BRASIL, 2015, p. 6), ou seja, diz Silva (2010, p. 569), quando atos legislativos que possibilitariam plena aplicabilidade da norma constitucional deixam de ser elaborados por indolência do Poder Legislativo.

Neste ponto, vê-se que a problemática gira em torno da consubstanciação da Constituição pelo legislador ordinário, ou seja, da concretização do Estado Democrático de Direito, balizado nos princípios políticos e jurídicos previstos tanto expresso quanto implicitamente na CF/88. Assim, é de se reiterar que versar sobre a omissão inconstitucional traz a tiracolo a necessidade de tratar sobre a força normativa da Constituição (BRASIL, 2016, p.22), o que já foi feito em passagens anteriores.

Por esse motivo que está disposto no art. 103, §2º da CF/88 (BRASIL, 1988) que, como mecanismo para tornar efetiva norma constitucional, a Constituição disponibiliza a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Com efeito, esclarece Cunha Júnior (2016, p. 255) que, o grau de gravidade do “fazer” em desconformidade com a Constituição é o mesmo do “não fazer”, ou seja, é o mesmo de quando o legislador ordinário se omite diante de uma determinação por ela emanada.

Em razão disso, ainda sob o panorama de Cunha Júnior (2016, p. 255), a Constituição brasileira, sob a influência da Constituição portuguesa de 1976, trouxe em seu arcabouço a ação direta de inconstitucionalidade por omissão objetivando ao solucionamento da celeuma que provém de omissão do Poder Público.

Neste trajeto, é de incontestável serventia a ação direta de inconstitucionalidade por omissão no combate a possíveis abusos dos órgãos do Estado (importante neste momento rememorar a finalidade da separação dos Poderes e dos freios e contrapesos na luta pela liberdade política e pela contenção dos abusos) que foi elaborada a Lei nº 12.063/2009, que, consoante ensina Cunha Júnior (2016, p. 256), acrescentou à Lei nº 9.868/1999 capítulo pertinente à disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

À luz do anteriormente discorrido, cumpre salientar, em diapasão com os magistérios de Cunha Júnior (2016, p. 278), que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz previsibilidade acerca da inconstitucionalidade por omissão em três passagens, quais sejam: art. 5º, LXXI; art. 102, §1º e art. 103, §2º (BRASIL, 1988).

Juntamente a isto, é interessante que se assimile que, em decorrência da imperatividade das normas constitucionais, com base nas proposições de Hesse (1998, p. 68), deve-se, ante a problemas jurídico-constitucionais, dar primazia a postulados que viabilizem às

normas da Constituição força de efeito ótimo. Nesse sentido, avança Cunha Júnior (2016, p. 279) que a Suprema Corte/Poder Judiciário têm o dever de, em sede de jurisdição constitucional, integralizar a ordem jurídica para que qualquer omissão inconstitucional seja debelada.

Deste modo, seria desarrazoado defender a higidez do texto constitucional; que a CF/88, contrariamente às constituições semânticas e nominais à Loewenstein, deve ser plenamente normativa, e, no fim, como pontua Cunha Júnior (2016, p.279), inferir que o STF, como guardião da Constituição que é<sup>25</sup>, não poderia suprir as indignas e execráveis omissões do Poder Público.

Não é por outro motivo que se deve perpetuar e tornar forte a crença de que o Judiciário, neste caso em especial, na figura do STF, com estribo na permissividade constitucional e na vontade de fazer valer a efetividade da CF/88, como fomenta Cunha Júnior (2016, p. 279), assumo, quando necessário e de forma provisória, o centro de decisões do Legislativo e do Executivo.<sup>26</sup>

Vislumbra-se isso nos próprios mecanismos criados pela CF/88, já relatados aqui, mas que cabem ser rememorados, a saber: art. 5º, LXXI; art. 102, §1º e art. 103, §2º, que versam, respectivamente, sobre o Mandado de Injunção, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (BRASIL, 1988).

Daí, conclui Cunha Júnior (2016, p. 279), abstrai-se a pretensão que a Constituição detém a pretensão de ser integralmente aplicada, de ser realizada concretamente, de ser materializada, porquanto, dispensa poderes ao Judiciário para isso.

É indubitável, assim, a concepção de que em um Estado Constitucional de Direito a problemática que decorre da omissão legislativa é tão gravosa quanto a da confecção de lei contrária à Constituição, o que, como instrui Caixeta (2015, p. 11), é ainda mais acentuada quando a norma versa sobre direitos fundamentais.

Nesse sentido, é relevante apontar que, como explicita Mendes (2008, p. 4), porquanto os poderes instituídos são subordinados aos pressupostos constitucionais, compete,

---

<sup>25</sup> Como está disposto no art. 102 da CF/88.

<sup>26</sup> Quando se fala nessa assunção provisória do STF nas decisões do Legislativo, por exemplo, a intenção depositada no trabalho não é a de defender uma troca de sujeitos como propõe Rothenburg, o que será melhor detalhado à frente, mas sim o de adotar a possibilidade de o STF colmatar lacunas inconstitucionais sem que desborde de sua competência constitucional e com respeito ao princípio da legalidade à luz da proporcionalidade e da razoabilidade. Como será melhor esmiuçado no último capítulo, o STF ao “criminalizar” a homofobia o fez sem violar a legalidade porque não existe no ordenamento jurídico brasileiro um conceito legal de raça/racismo para fins penais, uma vez que o legislador ordinário não se desincumbiu dessa tarefa. Assim, adota-se o entendimento de que o que se sucedeu na ADO 26 foi a subsunção da homofobia a um tipo penal já previsto, neste caso, na Lei Antirracismo.

sobretudo ao Legislativo, o encargo de edificar o Estado Constitucional de Direito e, por conta disso, reveste-se da incumbência de emprestar sua conformação legislativa ao plano fático social, uma vez que o sistema brasileiro, como ensina Tartuce (2017, p. 16), tem influência direta do sistema romano-germânico do Civil Law, e, portanto, como aduz Mendes (2008, p. 4), a Constituição precisa da atuação do legislador ordinário para que tenha seus preceitos fundamentais concretizados.

Entende Cunha Júnior (2016, p. 280) que no Estado Constitucional de Direito o Poder Público está imbuído da obrigação normativo-constitucional de adotar todas as medidas imprescindíveis à concreção dos mandamentos constitucionais. É dizer que, ainda com fundamento em Cunha Júnior (2016, p. 208), trata-se de uma ilação inarredável, levando a crer que neste modelo de estado a proteção jurídica deve ser integral e eficiente ao ponto de possibilitar a integração da ordem jurídica frente a exigências de atuação positiva do legislador quando da infringência a direito público subjetivo reconhecido.

Assim sendo, elucida Miranda (2012, p. 12), que, no Estado Constitucional de direito os direitos fundamentais precisam de proteção, principalmente por conta da relação direta que o legislador ordinário tem com a CF/88, cabendo este controle exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, como prescreve o § 2º do art. 103 da CF/88 (BRASIL, 1988).

Nota-se, portanto, que, se uma lei inconstitucional não pode prosperar no ordenamento jurídico tampouco haverá de prosperar omissões e lacunas inconstitucionais. Preleciona Maciel (2006, p. 77) que os efeitos deletérios das omissões inconstitucionais podem ser tão danosos quanto os relacionados ao nascimento e perpetuidade da lei inconstitucional.

Nesta órbita, sugere Cappelletti (1999, p. 105), que, só há que se falar em Estado Constitucional de direito, atento a sua finalidade democrática, quando o Judiciário atuar em conformidade com a Constituição, atendendo às aspirações sociais em suas decisões, porque isso estaria em concerto com os fatores reais de poder, que nada mais são, ensina Lassalle (1998, p. 26), do que a força ativa que informa e legitima as leis e instituições vigentes, cumprindo esclarecer que, partindo da realidade brasileira, com base na CF/88, os denominados fatores reais de poder possui a roupagem do que se extrai do parágrafo único do art. 1º da Carta Republicana de 1988 (BRASIL, 1988), que faz concluir que o povo constitui essa força ativa e eficaz que legitima as leis e instituições.

Deste modo, é certa a ideia de que o STF, ao se deparar com situações que dizem respeito a omissão inconstitucional, tem legitimidade para garantir a força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, guarnecendo de tradução prática o

princípio da constitucionalidade a fim de corroborar a justiça constitucional, porque assim o sendo, haverá um fortalecimento da democracia (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 282).

Por esse motivo, nas próximas linhas será desenvolvida a perspectiva de que a omissão inconstitucional e a disponibilização da ADO pela Constituição encerram o dever de integração da ordem jurídica pelo STF a fim de manutenção da higidez e da supremacia do texto constitucional na busca pela realização fática dos direitos e liberdades fundamentais com alicerce na dignidade da pessoa humana.

### **3.3 A ação direta de inconstitucionalidade por omissão: o dever de integração da ordem jurídica pelo Supremo Tribunal Federal em face da inércia do legislador ordinário**

Neste seguimento, é de bom alvitre ressaltar que, hoje, um dos problemas significativos em matéria de direito constitucional, como bem escreve Ribeiro Bastos (1992, p. 219), “é o de encontrar os meios adequados para tornar efetivos, isto é, desfrutáveis por seus beneficiários, aqueles direitos que, por ausência de uma legislação integradora [...] permanecem inócuos até que seja proferida tal legislação [...]”.

Nessa vertente, cumpre fazer entender o caráter sancionatório que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão traz consigo ante o silêncio transgressor do legislador ordinário em face da Constituição, ainda mais se sabendo que a CF/88 é um Documento Dirigente, o que transfere para o Estado uma maior responsabilidade na promoção do bem-estar social, dessumindo-se assim, como salienta Cunha Júnior (2016, p. 262), que “a inconstitucionalidade por omissão é uma consequência jurídica da própria postura da Constituição de 1988 que vincula, com sua força imperativa e dirigente, todos os órgãos do poder constituído”.

Preleciona Segado (2017, p. 62) que no dia 5 de outubro de 1988, quando da promulgação da Constituição de 1988, Ulysses Guimarães destacou em discurso o seguinte: “A Assembleia Nacional Constituinte rompeu contra o establishment, investiu contra inércia, desafiou tabus”, vindo tal trecho a demonstrar com maior clareza que a Constituição Cidadã arvorou-se com o fim de sobrepujar e fazer frente “a uma criticável pauta historicamente arraigada no legislador brasileiro de menosprezar alguns direitos constitucionais mediante o recurso à inação, ou seja, à omissão da inescusável legislação de desenvolvimento” (SEGADO, 2017, p. 62).

Na mesma linha cognitiva seguiu Castro (2006, p. 379) ao expressar-se no sentido de que há “[...] uma espécie de tradição institucional perversa em nossa história consistente na

sistemática sonegação das condições de exercício de direitos constitucionalmente consagrados, pelo expediente da paralisia das instâncias regulamentadoras”, ferindo assim de morte as diretrizes constitucionais, devendo-se buscar, portanto, com o manejo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, evitar que a falta de uma legislação de desenvolvimento prive de eficácia os direitos assegurados no maior documento legal brasileiro (SEGADO, 2017, p. 66).

No mesmo contexto, Bonavides e Andrade (1991, p. 511-512) persistiram na convicção de que a inconstitucionalidade por omissão “se apresenta como uma das melhores e mais seguras inovações protetoras da concreção e desenvolvimento dos direitos, que antes se inseriam latentes no espaço programático das Cartas constitucionais”, uma vez que, aduz Segado (2017, p. 78), certamente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão emergiu do processo constituinte rigorosamente interligada com o desassossego proveniente de um fato histórico bem observado no Brasil e que trazia inquietações aos constituintes, que é o dismantelo da eficácia dos direitos constitucionais como desdobramento da sistêmica inação do legislador.

É por esse motivo que Cunha Júnior (2016, p. 279) defende “a tese, teórica e cientificamente sustentável, de que o Poder Judiciário não só pode como deve, no exercício da jurisdição constitucional, integrar a ordem jurídica e suprir a omissão [...]”, o que se sucedeu com a Suprema Corte brasileira (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade 26 (ADO 26), como será mais bem detalhado nas passagens subsequentes.

Com os corolários do movimento do constitucionalismo, do pós-positivismo, neoconstitucionalismo e ascensão do Poder Judiciário, sobretudo no que concerne à jurisdição constitucional, há de se concordar com a doutrina do professor Cunha Júnior (2016, p. 279) ponderada no parágrafo anterior, o que, segundo ele, pode ser corroborada mediante uma reflexão dos poderes implícitos, sintetizado na ideia de que “quem quer a realização dos fins, concede os meios necessários para isso” (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 279).

Caminhando nessa trilha, entabula-se, conseqüentemente, que, sabendo-se que a Constituição fora promulgada com a finalidade de ser integralmente aplicada, e para tanto conferiu poderes ao Judiciário para que isso ocorresse, como se observa com as três ações específicas com esse fim que traz em seu corpo, cuja competência de análise e julgamento é somente do STF, prescinde-se de dizer, como leciona Cunha Júnior (2016, p. 279), “[...] que ela afetou ao Judiciário - na relevante missão de criar o Direito – a competência para suprir todas as indigestas omissões do poder público [...]”.

Nesse sentido, professa Segado (2017, p. 67) que “No Brasil, o constituinte, ao consagrar o instituto analisado, tinha seu ponto de vista estabelecido no desenvolvimento eficaz dos direitos constitucionais”, o que pode ser abstraído da Exposição de Motivos antecedente à Lei nº 12.063/2009, donde se colhe que um dos escopos da inconstitucionalidade por omissão é “criar mecanismos que conferem maior agilidade e efetividade à prestação jurisdicional” (SEGADO, 2017, p. 68).

Ulteriormente, confirmou-se isso com o teor da justificativa do Projeto de Lei 2277/2007, de autoria do então Deputado Federal Flávio Dino, o qual se transformou na Lei nº 12.063/2009 e acrescentou à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que pontifica que esta ação cuidar-se-ia “[...] de instrumento fundamental para que nossa Constituição alcance máxima efetividade, por sobre omissões totais ou parciais oriundas de agentes políticos ou administrativos” (BRASIL, 2007, p. 3).

Vale mencionar que, conforme o que disserta Moraes (2017, p. 41), utilizando-se das contribuições do abade Emmanuel Sieyès numa leitura contemporânea, tem-se que o Poder Constituinte pertence ao povo, de tal sorte que, por meio desse Poder organiza-se, de forma fundamental pela Constituição, o Estado, enaltecendo-se que, o que estabelece o Poder Constituinte é incontestavelmente sempre superior aos poderes constituídos.

Por esse motivo que não cabe aos poderes constituídos, nesse caso em especial, o Poder Legislativo, espezinhar o que está no Texto Constitucional como fruto das deliberações do Poder Constituinte originário, pois, como bem indaga Cunha Júnior (2016, p. 280), “corre-se o risco de presenciar uma absurda subversão na ordem jurídica, apresentando-se a omissão do legislador infraconstitucional mais eficaz que a atuação do legislador constituinte [...]”.

Ademais, não sem razão, Ferraz (1986, p. 231) propõe que a omissão inconstitucional redunde num nocivo processo de mutação constitucional, consubstanciando-se num informal processo de alteração da Constituição, pois, apesar de não alterar-lhe a letra, acaba por alterar-lhe o alcance, ficando o veredito de que “Como modalidade de mutação constitucional a inércia é processo pernicioso, que acarreta consequências desastrosas à vida constitucional dos Estados” (FERRAZ, 1986, p. 231) e por consequência, às pessoas.

Nessa toada, traz-se à tona que:

A inércia provoca mutação inconstitucional na Constituição quando a omissão dos poderes constituídos é intencional, provisória mas prolongada, de tal sorte que paralisa a aplicação da norma constitucional, evidentemente não desejada pelo constituinte. Configura, na verdade, uma inconstitucionalidade por omissão, figura hoje consagrada inclusive na Constituição Brasileira de 1988. Como modalidade de processo de mutação da constituição a inércia é processo pernicioso, que acarreta

consequências desastrosas à vida constitucional dos Estados. De um lado porque, ao contrário dos demais processos de mutação, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. De outro, porque arrasta consigo, quase que invariavelmente, a descrença na Constituição (FERRAZ, 2011, p. 791).

Este arcabouço de ideias fomenta e corrobora o dever de integração da ordem jurídica pelo STF, tratando-se aqui da envergadura constitucional que detém o caso da criminalização da homofobia como consequência do disposto, dentre outras passagens, no art. 5º, XLI da Constituição brasileira.

Pontua, nesse sentido, Maciel (2006, p. 74), que o controle das omissões efetuado pelo Judiciário/STF é uma das ferramentas e meios criados para arrefecer a problemática que envolve a inércia dos poderes constituídos na consecução dos ditames constitucionais.

Com razão sublinha Barroso (2002, p. 87) que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, sendo, portanto, imperativas, devendo superar-se o entendimento doutrinário que admitia existir normas constitucionais não aplicáveis, arrematando esta linha intelectual com a afirmação categórica de que “o Direito existe para realizar-se (sic)” (BARROSO, 2002, p. 87).

É por esse motivo que se adota o entendimento de que não houve violação à separação dos poderes no ato de “criminalização” da homofobia pelo STF nas circunstâncias em que se sucedera na ADO 26, pois, é nessa ordem de ideias que Cunha Júnior (2016, p. 287) sustenta e insiste que “o Poder Judiciário somente realiza a integração da ordem jurídica, suprindo as omissões do poder público, para efetivar as normas constitucionais carentes de regulamentação e exatamente por não terem sido regulamentadas”.

Desse modo, como já arduamente percorrido nos parágrafos anteriores, é de se aferrar-se, nos moldes fáticos, circunstanciais e jurídicos que permearam a “criminalização” da homofobia pelo STF, que isto ocorreu porque aquela Corte traz consigo o dever de integrar a ordem jurídica franquiada em autorização constitucional, porquanto, pontua Cunha Júnior (2016, p. 287), que a “atuação supletiva do Poder Judiciário, [...] efetivando as normas constitucionais, é a garantia da realização do supremo direito fundamental à efetivação da constituição”.

Portanto, não restam dúvidas de que a Constituição traz em si a finalidade de se fazer cumprir-se, e para tanto oferece instrumentos para este anseio, os quais são de competência decisória do STF. Isso leva a crer que a esta Corte compete integrar a ordem jurídica, como fizera legitimamente com a “criminalização” da homofobia, posto que, é imperiosa a busca por solução para o cumprimento dos compromissos firmados no texto

constitucional, tornando-os efetivos, em total respeito à supremacia da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

#### **4 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NUMA TROCA DE SUJEITOS À ROTHENBURG?**

Cabe aqui recordar que Barroso (2017, p. 16), em artigo acadêmico intitulado de “O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto”, expende que “A ascensão do Judiciário deu lugar a uma crescente judicialização da vida e a alguns momentos de ativismo judicial”. Completa Barroso (2017, p. 16) dizendo que o Judiciário passou a apreciar e a decidir sobre questões relevantes pertinentes à seara política, social e /ou moral, ou seja, confirmando que a judicialização da vida é um fato.

Na mesma oportunidade, Barroso (2017, p. 16) destaca que o ativismo judicial, ao contrário da judicialização da vida, é um ato, uma atitude advinda de uma “[...] deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes” (BARROSO, 2017, p. 16).

Vê-se, portanto, como preceitua Barroso (2017, p. 16), que o ativismo judicial se volta, sobretudo, ao atendimento daquelas demandas sociais não atendidas pelo Poder Legislativo. Sintetiza ainda Barroso (2012, p. 25-26), só que desta vez em artigo acadêmico batizado de “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática”, que o ativismo judicial traz consigo a ideia de uma participação mais ampla e vigorosa do Judiciário na consubstanciação das determinações constitucionais.

Somado a isso, levando-se mais uma vez em conta a expansão da atuação do Poder Judiciário no Brasil edificado em um contexto plural, tem-se o fenômeno do “backlash”, que, conforme Pimentel (2017, p. 189), são reações às decisões, neste caso, do STF, reações estas que podem advir tanto do seio social quanto de outras instituições, perfazendo-se assim, desse modo, ainda consoante Pimentel (2017, p. 190), em um instrumento de “[...] ampliação da legitimidade democrática do sistema jurídico, na medida em que representa a possibilidade de participação do povo na leitura dos significados do texto constitucional”.

Deste modo, tem-se a judicialização da vida, que transfere para o Judiciário a apreciação e decisão sobre questões de larga repercussão sócio-política (BARROSO, 2012, p. 24), como é, incontestemente, o caso das mortes, violações à integridade física, à dignidade sexual, dentre muitos outros direitos, dos integrantes da comunidade LGBT; o ativismo judicial que, por sua vez, permite um atuar judicial que se utiliza de procedimentos interpretativos de legitimação das aspirações e anseios sociais (CITTADINO, 2002, p. 135), de modo que não

restam dúvidas de que as pessoas do grupo LGBT, nesse sentido, merecem ter seus afãs realçados porque o “[...] Estado não pode tolerar comportamentos nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional” (BRASIL, 2019); e, por fim, o “backlash”, que, como já explicado, nesse caso, possibilita ao Legislativo uma rápida e forte reação à decisão plasmada na ADO 26 de modo a prejudicá-la, desde que não o faça em desacordo com a CF/88, tudo isso reforçando a legitimidade do STF na colmatação das omissões inconstitucionais legislativas e, consequencialmente, na “criminalização” da homofobia.

Assim sendo, após tudo o que fora abordado, não se poderia ter arremate melhor do que tentar pormenorizar a ação em que o STF proferira decisão que culminou na famigerada “criminalização” da homofobia, que é a ADO 26.

Inobstante isso, há de se salientar que, inicialmente, buscar-se-á construir imbricações de ideias no sentido de endossar a legitimidade da decisão do STF em face de eventuais argumentos em sentido contrário, como os que versam sobre a intromissão do Poder Judiciário no espaço de competência do Poder Legislativo por ter aquela Corte, de certo modo, legislado a respeito da matéria, por exemplo.

Nesse cenário de argumentos, o que se tentará aqui é explicar que não houve uma criminalização no sentido estrito da palavra, mas uma interpretação conforme à Constituição da Lei que trata sobre o crime de racismo, o que, por consequência, não configura invasão de competências. Houve demasiadas críticas nesse sentido, e em razão dessas críticas fez-se necessária também o uso da teoria de Rothenburg como forma de esclarecer que não houve o câmbio de sujeitos, como se poderá verificar melhor posteriormente.

Ainda nesse séquito, tratar-se-á da noção de raça em seu sentido mais abrangente, com o objetivo de elucidar a constatação de que a expressão em sua plenitude transborda e exorbita os limites restritivos da mera noção biológica e fenotípica, sobretudo se levado em consideração o dinamismo progressivo da sociedade, não sendo diferente a sociedade brasileira.

Será, também, de muita relevância tratar no presente capítulo sobre a perspectiva de que o Poder Legislativo, tratando-se aqui da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, em decorrência das mudanças fáticas que a sociedade brasileira sofrera de 1988 até os dias que se seguem, tem de conformar a realidade a fim de possibilitar a proteção devida a demais segmentos que precisam de proteção por parte do Estado, como bem determina a CF/88, de modo a fazer com que a Lei nº 7.716/89 caminhe de mãos dadas com a Constituição brasileira e assim proporcione dignidade aos mais vulneráveis.

Demais disso, o que se intentará firmar é que, ante a inação do legislativo, o que se sucedera na ADO 26 demonstra que a Constituição deve ser cumprida a todo custo e que, para tanto, necessita-se de um Judiciário forte e independente, pois, como já registrado em passagens anteriores, é histórica a prática de desmantelamento de direitos fundamentais pela quiescência daquele que deveria se voltar prioritariamente na produção de leis a esse respeito.

Por fim, tratar-se-á da teoria sobre a troca de sujeitos de Walter Claudius Rothenburg em sede de inconstitucionalidade por omissão, intentando sublinhar que não foi o caso da ADO 26 e que sua aplicabilidade prática não seria viável ante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pelos motivos que posteriormente serão melhor apreciados, sobretudo, por conta da envergadura acadêmica e relevância dessa teoria que encara o Judiciário como único legitimado a trocar de posição e substituir outro Poder em sua atividade típica quando de flagrante omissão atentatória aos mandamentos constitucionais.

A utilização dessa teoria tem por finalidade dirimir as críticas e clarear mais ainda o entendimento de que o STF não se imiscuiu no Poder Legislativo, como, açodadamente, propagou-se, sobremaneira. Assim, segue um melhor delineamento nas seções que abaixo seguem.

#### **4.1 ADO 26: um caso de tipificação criminal?**

De início, é importante lembrar que um dos fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) catalogado em seu inciso III do art. 1º é o metaprincípio da dignidade da pessoa humana. Este fundamento, como destaca Moraes (2017, p. 35), “concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas”.

Diz-se que a dignidade da pessoa humana, conforme as manifestações doutrinárias de Moraes (2017, p. 35) consiste num “valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”.

Nesse sentido, Sarmiento (2016, p. 242)<sup>27</sup> traz como uma das vertentes da dignidade da pessoa humana o reconhecimento, e explica que “A falta de reconhecimento oprime, instaura

---

<sup>27</sup> Daniel Sarmiento em “Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia” diz que a dignidade da pessoa humana é constituída pelos seguintes elementos: *i*) valor intrínseco da pessoa; *ii*) autonomia; *iii*) mínimo existencial e *iv*) reconhecimento. Para este trabalho, far-se-á uso deste último elemento, o reconhecimento, a fim de tentar explicitar que é por decorrência da falta de reconhecimento das escolhas relacionadas à orientação sexual que tem gerado violações aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT.

hierarquias, frustra a autonomia e causa sofrimento [...]”, explicitando Todorov (2013, p. 115) que “o reconhecimento marca, mais do que qualquer outra ação, a entrada do indivíduo na existência especificamente humana”. A partir desse panorama é que se entende que a falta de reconhecimento por certas pessoas tem gerado os desrespeitos aos direitos e liberdades fundamentais dos homossexuais.<sup>28</sup>

Por esse motivo que, uma das ideias centrais relacionadas à política de reconhecimento é, segundo Fraser (2003, p. 7), a de se buscar a construção de “um mundo sensível à diferença, em que a assimilação às normas culturais majoritárias ou dominantes não seja mais o preço para o igual respeito”.

Fraser (1997, p. 18-19) ainda entende que alguns grupos vulneráveis presentes na sociedade estão mais sujeitos às injustiças ligadas ao reconhecimento, e traz como exemplo os homossexuais, apontando que essa injustiça que recai no campo do reconhecimento tem relação com as normas culturais vigentes na sociedade, completando Fraser (1997, p. 18-19) que gays sofrem injustiça “em razão de valores culturais que privilegiam a heterossexualidade e desvalorizam a sua identidade sexual, dos quais resultam a discriminação, o assédio, a violência que sofrem, muitas vezes com amparo em normas jurídicas”.

É nesse contexto que se assevera, com referência ao inserto na ADO 26, como fruto da veiculação da Procuradoria Geral da República, que qualquer ato que seja contrário à liberdade de orientação sexual carrega consigo nítido caráter discriminatório e, principalmente, transgressor da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2019, p. 70).

Nessa linha argumentativa, consignou a Procuradoria Geral da República que:

O constituinte originário, fundado na metanorma da dignidade do ser humano, dedicou-se especificamente à erradicação de práticas discriminatórias. São exemplos de normas voltadas a essa finalidade o princípio da igualdade, inscrito no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como objetivo fundamental da República, insculpido no art. 3º, IV, da CR. Além disso, conferiu à lei a função de punir discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CR) e definiu o racismo como crime inafiançável e imprescritível (BRASIL, 2015, p. 8).

Somado a isso, veicula-se, também, que em decorrência de outro fundamento da República Federativa do Brasil previsto no inciso V, art. 1º da Constituição, qual seja: o pluralismo político (BRASIL, 1988), que, conforme Fernandes (2017, p. 314), advém de um

---

<sup>28</sup> Sarmiento (2016, p. 242) endossa que com muita frequência, “o não reconhecimento decorre da desvalorização de algum grupo identitário não hegemônico, ao qual são arbitrariamente atribuídos traços negativos, que se projetam sobre todos os indivíduos que o integram. Ele se liga a fatores como etnia, gênero, orientação sexual, religião, deficiência, nacionalidade, profissão etc.”

“desdobramento do princípio democrático, autorizando em uma sociedade a existência de uma constelação de convicções de pensamentos [...]”, trazendo à tona a “noção e o respeito à alteridade” com o fim de demonstrar, ainda à luz de Fernandes (2017, p. 315), que o diferente é necessário, tem-se o reforço do quão importante é a conscientização de que as escolhas e opções comportamentais devem ser respeitadas e tuteladas pelo poder público de modo a evitar transgressões que acabem pondo em risco as pessoas em flagrante ultraje à própria força normativa da Constituição.

Nessa linha intelectual, destaca-se que:

As sociedades pluralistas atuais - isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma (sic) (ZAGREBELSKY, 1995, p. 13).

Nesse compasso, consignou o Ministro Celso de Mello, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, que:

Sempre que um modelo de pensamento, fundado na exploração da ignorância e do preconceito, põe em risco a preservação dos valores da dignidade humana, da igualdade e do respeito mútuo entre as pessoas, incitando a prática da discriminação dirigida contra uma comunidade exposta aos riscos da perseguição e da intolerância, mostra-se indispensável que o Estado ofereça proteção adequada aos grupos hostilizados, adotando mecanismos eficientes, aptos a evitar os confrontos sociais e a reprimir os atos de injusta agressão, sob pena de ofensa ao postulado que veda a proteção penal insuficiente (BRASIL, 2019, p. 72).

Em conjunto com esse entendimento, deve-se somar a argumentação desenvolvida pelo Ministro Maurício Corrêa no habeas corpus 82.424/RS, caso Ellwanger, onde destacou que “[...] limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade”, ou seja, conceituar raça tendo unicamente como vetores caracteres biológicos é inapropriado, de modo que, sua interpretação deve dar-se em harmonia com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, entendeu o Ministro Celso de Mello, também na sede do habeas corpus 82.424/RS, que “a noção de racismo [...] não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológico ou biológico, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológico” (BRASIL, 2004).

Nesse viés, pormenoriza Nucci (2007, p. 272) que:

Raça, enfim, um grupo de pessoas que comunga de ideais ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, homossexuais discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta Lei, considerados como grupo racial.

Verifica-se, assim, a partir das explicações anteriormente feitas, que a noção de raça/racismo não pode ocorrer de maneira estrita por se tratar de algo aberto e relacionado à cultura e à sociedade. Portanto, ver o racismo estritamente por meio do fenótipo é o que denomina Santos (1984, p. 38), fazendo uso de Larousse, de velho conceito de raça porque diz respeito ao conjunto de caracteres externos das pessoas.

A CF/88 traz em sua parte dogmática a cláusula inscrita no art. 5º, inciso XLI, preconizando que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988), bem como, o comando escrito no inciso XLII do mesmo artigo, que diz que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988).

Deste modo, vê-se que o constituinte buscou vincular o Poder Público para que institua, através de normas penais, proteção aos direitos e a liberdades fundamentais “ameaçados ou expostos a risco em decorrência de quaisquer atos de discriminação que, por suas diversas formas de manifestação, desrespeitem a essencial dignidade das pessoas” (BRASIL, 2019, p. 73), dirigindo ao legislador comando para que “dispense efetiva tutela penal aos valores fundamentais cuja incolumidade é expressamente reclamada pelo texto constitucional” (BRASIL, 2019, p. 73).

No entanto, como já se sabe, uma vez que já exposto no presente trabalho em diversas passagens, o legislador ordinário até o presente momento não converteu em lei qualquer projeto nesse sentido a tramitar tanto na Câmara quanto no Senado Federal, de tal modo que, a despeito disso, reconheceu que, de fato, os homossexuais se subsumem ao conceito de raça, como se abstrai do Projeto de Lei do Senado 515/2017 que visa a alterar a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para punir a discriminação ou preconceito de origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero (BRASIL, 2017).

Mas, este projeto, assim como outros, frente à premência do assunto, arrastam-se nos degraus da morosidade do bicameralismo. Assim sendo:

Não obstante respeitável o esforço dispensado pelo Congresso Nacional no sentido de instaurar o debate legislativo em torno da questão da criminalização da homofobia, revela-se inquestionável, no entanto, a ausência conspícua de qualquer providência efetiva no sentido de superar a situação de inequívoca e irrazoável “inertia deliberandi” ora constatada no presente caso (BRASIL, 2019, p. 48).

Nesta perspectiva, registre-se a manifestação do Ministro Gilmar Mendes na relatoria da ADI 3.682/MT, que assim argumentou:

Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A “inertia deliberandi” das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Deste modo, cumpre lembrar o que já se explicitou em outros momentos com relação à legitimação e ao dever do Poder Judiciário, nesse caso o Supremo Tribunal Federal, de integrar a ordem jurídica quando da desídia de um poder constituído diverso em matéria constitucional, posto que, caso contrário:

[...] tal situação equivaleria a legitimar a fraude à Constituição, pois, em última análise, estar-se-ia a sustentar a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal, não obstante agindo em sede de controle concentrado (CF, art. 102, I, “a”), proceder à colmatação de uma omissão normativa flagrantemente inconstitucional (BRASIL, 2019, p. 50).

Assim, o STF, no uso de suas atribuições de zelar pela Constituição, cumpriu com sua missão constitucional frente à mora do Poder Legislativo, ao integrar a ordem jurídica pela via da ADO 26, com vistas a minimizar e desanimar condutas transgressoras de desrespeito à dignidade da pessoa humana daqueles integrantes da comunidade LGBT.

Logo, em razão disso tudo, partindo-se, aprioristicamente, de resoluções açodadas e incautas, concluir-se-ia que houve, nesta importantíssima decisão, flagrante afronta ao princípio constitucional da legalidade, a reserva legal absoluta no que diz respeito à criminalização de condutas. Mas, nesse giro, seria razoável descumprir a Constituição com o fito de cumpri-la?

Nesse trajeto, a fim de melhor elucidar o que se pretende com o dito anteriormente, faz-se uso do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADO 26, o qual o sintetizou na concepção de que a extensão do tipo penal para agasalhar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora iria de encontro ao princípio da reserva legal que, por sua vez, constitui-se em fundamental garantia aos cidadãos (BRASIL, 2019, p. 19).

De fato, é insofismável a convicção de que o princípio da reserva legal detém exímia importância pelo seu caráter constitucionalmente garantista, como pondera Cunha (2015, p. 81). No entanto, impende esclarecer que, na sede da ADO 26, não há que se falar em

tipificação criminal da homofobia pelo STF, o que vem a afastar qualquer resolução no sentido de que houve violação do princípio da legalidade e, por consequência, invasão ao Poder Legislativo.

O que se constata é que, frente à premente necessidade de cumprir a Constituição a fim de resguardar os direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT, o STF, guiado pelo voto do relator, Ministro Celso de Mello, longe de tipificar condutas, cominar sanções, proferir sentença que se qualifique como provimento jurisdicional de caráter aditivo e tampouco manusear a proibida interpretação “*in malam partem*”, assentado na latitude da noção de raça, decidiu pela:

[...] mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social (BRASIL, 2019, p. 95).

Nessa mesma ordem de ideias se manifestou a Procuradoria Geral da República, na ADO 26:

[...] tipificação por meio de analogia “*in malam partem*”, mas de interpretação conforme a Constituição do conceito de raça, para adequá-lo à realidade brasileira atual, em processo de mutação de conceitos jurídicos – o que é plenamente compatível com o conteúdo histórico da noção de “racismo” (BRASIL, 2015, p. 14).

Assim, na ADO 26, o STF constata que o preconceito e a discriminação oriundos da falta de reconhecimento aos homossexuais e demais membros da comunidade LGBT, cruelmente se consubstancia em manifestação de racismo por, como frisou Ministro Celso de Mello na ação em comento, “representarem a expressão de sua outra face: o racismo social” (BRASIL, 2019, p. 95).

Assim sendo, de posse da cognição de Queiroz (2001, p. 23-24) que preleciona que o princípio da reserva legal culmina em imposição no sentido de “máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos [...]”, é de substancial importância consignar aqui o art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que assim aduz e tipifica: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (BRASIL, 1989).

Em razão disso é que, sabendo-se que o legislador ordinário não se preocupou em dispor penalmente sobre a discriminação quanto à orientação sexual ou identidade de gênero, nem tampouco trouxe qualquer delineamento conceitual em sede de norma penal explicativa a fim de dizer o que é racismo para fins penais, o STF, ao contrário do que é pregado, em total

respeito ao princípio constitucional da legalidade e com esteio no conceito de raça abstraído dos trabalhos de estudiosos renomados, como, por exemplo, Fabiano Augusto Martins Silveira em “Da Criminalização do racismo” (BRASIL, 2019, p. 89), dignamente subsumiu aqueles a este, posto 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 (BRASIL, 2019, p. 80).

Portanto, há de se registrar que a decisão do STF na ADO 26 não configura tipificação do crime de homofobia, permanecendo-se hígida a separação e independência dos poderes, de modo que, como se percebe, de forma legítima e constitucional, a Suprema Corte brasileira, ante a omissão e lentidão do poder legislativo, apenas subsumiu à noção de raça expressa nos arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, os ultrajantes incidentes sobre os que, no exercício de sua respectiva posição fundamental ante o poder público e por fruição de sua autodeterminação bem como de seus grupos (MENDES, 2017, p. 66), fizeram escolhas quanto ao sexo e à orientação sexual diversas do que maioria ortodoxamente enxerga como correta e unívoca, garantindo assim a proteção adequada e suficiente que se espera dos mandados constitucionais.

#### **4.2 A Lei nº 7.716/1989: um caso de lacuna axiológica?**

De antemão, explica-se que a necessária criminalização da homofobia “não foi deixada à discricionariedade política do legislador pela Constituição da República de 1988” (BRASIL, 2015, p. 16), porquanto, a CF/88 dispõe expressamente em seu inciso XLI do art. 5º que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988), e no inciso subsequente do mesmo artigo, a saber, inciso XLII do art. 5º, pontifica que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988).

Nota-se que em ambos os dispositivos o constituinte encarrega à lei tal disciplina, o que configura determinação ao legislador ordinário para que este, por meio de regulamentação, viabilize a proteção adequada e necessária aos direitos e liberdades fundamentais imbuídos nestes mandamentos constitucionais (BRASIL, 2015, p. 17).

A esse propósito, Gonçalves (2007, p. 67) ensina que o “reconhecimento dos deveres de proteção penal aos direitos fundamentais faz o bem jurídico funcionar como limite mínimo, aquém do qual não se podem situar as sanções penais, sob o risco de proteger insuficientemente aqueles direitos”. Deste modo:

O art. 5º, XLII, consubstancia mandado de criminalização, ao qual o Legislativo se encontra vinculado, de maneira que não está sob sua discricionariedade criminalizar ou não práticas racistas. O bem jurídico a ser protegido foi determinado pela Constituição da República e deve ser protegido pela atuação legislativa (FELDENS, 2013, p [?]).

Nesse sentido, poder-se-ia usar como argumento a favor do legislador ordinário a vigência da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989<sup>29</sup>, de incontestável importância e harmônica com a CF/88.

No entanto, esta Lei adveio do Projeto de Lei da Câmara nº 52, de 1988, cuja proposição se dera em 11 de maio de 1988 (BRASIL, 1988), num contexto social que não guarda integral similaridade com o contexto atual, uma vez que, sabe-se, como aponta Greco (2017, p. 118), que toda sociedade sofre uma evolução natural, utilizando como exemplo o art. 233 do Código Penal brasileiro para explicar que o que era considerado ato obsceno no século passado hoje em dia já não se subsume àquela tipificação.

Não por outro motivo que em matéria de Direito Penal, tem-se a denominada interpretação progressiva, denominada também de adaptativa ou evolutiva (GRECO, 2017, p. 118), pois, por meio dela

[...] o intérprete traduz os tipos penais de acordo com a realidade atual, ou seja, elementos dos tipos penais que, anteriormente, tinham determinada interpretação, agora, no momento atual, passam a ser entendidos de forma diferente, por conta da evolução ou progressão pela qual passa naturalmente a sociedade (GRECO, 2017, p. 118).

Em acréscimo a isso, para melhor compreensão do pretendido, é importante trazer à baila a conceituação de lacuna axiológica de construção de Maria Helena Diniz apresentada por Tartuce (2020, p. 41) em sua obra. Assim, segundo este autor, Maria Helena Diniz define que a lacuna axiológica se perfaz quando há a “presença de norma para o caso concreto, mas cuja aplicação seja insatisfatória ou injusta”.

Nesse turno, Silva (2015, p. 260), citando Bobbio, explica que lacuna deve ser entendida não como uma falta de solução, mas como falta de uma solução satisfatória, ou seja, “não há a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe” (SILVA, 2015, p. 260).

---

<sup>29</sup> Lei Antirracismo.

É o que se verifica no caso da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Existe a norma, mas sua aplicação frente ao tecido social vigente se faz insatisfatória, posto que, como já dito aqui, não alcançava, até então, a comunidade LGBT.

No tocante a isso, os dizeres do Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADO 26:

Em breve síntese, o pensamento do possível prescreve que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico. Assim, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente ampliativa, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível (BRASIL, 2019, p. 22).

Desta feita, fica claro que se trata de lacuna axiológica quando se constata as modificações que sofrera ao longo dos anos a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, em evidente adequação com a natural transformação da sociedade brasileira.

Segundo Mendes em seu voto na ADO 26 (2019, p. 17), o art. 1º desta Lei, que originariamente se encontrava adstrita somente a preconceitos que girassem em torno da raça e da cor, aos poucos sofrera ampliações para assim atingir outras formas de discriminação contrárias à Constituição:

A ampliação da proteção criminal no referido diploma se deu principalmente (i) com a edição da Lei 9.459/1997, que alterou o supracitado art. 1º, firmando a reprovabilidade da discriminação resultante de etnia, religião ou procedência nacional; e (ii) com a inclusão do art. 20 no diploma normativo a partir da edição da Lei 8.081/1990, posteriormente alterado também pela Lei 9.459/1997, que consagrou a reprovabilidade de atos de indução à discriminação (BRASIL, 2019, p. 18).

Nesse aspecto, interpretando a Lei nº 7.716/89 constitucionalmente, há de se coadunar com a inteligência jurisprudencial do STF na confirmação de que a acepção constitucional de que é tingida a Lei Antirracismo descamba no entendimento de que essa norma deve ser progressivamente ampliada “em direção à repreensão de toda e qualquer forma de discriminação, seja ela baseada em cor, raça, etnia ou orientações individuais das mais diversas” (BRASIL, 2019, p. 18) porque:

A partir de uma leitura constitucional da Lei Antirracismo, o que se observa é que o legislador ordinário não logrou concretizar *in totum* o mandado de criminalização. A colmatação da lacuna normativa buscada na presente ADO visa justamente ao saneamento de uma omissão parcial, tendo em vista que o legislador efetivou uma cláusula integral de proteção social em face de práticas discriminatórias de todo gênero, o que poderia ser diretamente extraído do art. 5º, XLI, da Constituição (BRASIL, 2019, p. 17).

Resta claro, portanto, que se fez extremamente necessária a colmatação da lacuna normativa axiológica prevista na Lei Antirracismo porque a “orientação sexual e a identidade

de gênero constituem elementos essenciais da personalidade humana” (BRASIL, 2019, p. 4), o que a torna um dos corolários que irradiam da dignidade da pessoa humana.

Do mesmo modo, fala-se que não “há maiores dificuldades em se entender que as escolhas tomadas nesses campos concretizam a capacidade de autodeterminação do indivíduo” (BRASIL, 2019, p. 4), bem como, “cuida-se de decisões tomadas pelos indivíduos no exercício da liberdade de projetar sua própria vida e de aspirar à busca da felicidade” (BRASIL, 2019, p. 4).

Assim sendo, a fim de viabilizar materialmente essa liberdade de substancial importância às minorias no que diz respeito ao exercício da capacidade de autodeterminação acerca da orientação sexual e identidade de gênero (BRASIL, 2019, p. 11) foi que o STF integrou a ordem jurídica por meio da colmatação de uma norma que padecia de lacuna axiológica, nesse caso, a Lei nº 7.716/89 (Lei Antirracismo), que teve seu conteúdo interpretado conforme à Constituição.

Não por menos que:

Esse quadro, bastante expressivo, justifica a utilização, na espécie, do método da interpretação conforme, no que se refere ao conceito de “raça”, para os fins a que se refere a Lei nº 7.716/89, considerada, para tanto, a constelação axiológica que qualifica a própria declaração de direitos proclamada pela Lei Fundamental da República (BRASIL, 2019, p. 93).

Portanto, conclui-se dizendo que por decorrência da lacuna axiológica que se fazia presente na Lei Antirracismo e a desídia do legislador em alterá-la a fim de tutelar penalmente a comunidade LGBT frente às corriqueiras violações a suas liberdades e direitos fundamentais foi que se fez fértil o terreno da omissão inconstitucional, legitimando, desse modo, o STF a preencher tal vazio por meio da técnica da interpretação conforme à Constituição, por meio da noção de raça, sem se imiscuir na esfera de competência do poder legislativo.

#### **4.3 Inconstitucionalidade por Omissão e o câmbio de sujeitos como modalidade de sanção: uma possibilidade?**

Iniciando-se, é importante deixar registrado que a teoria de Walter Claudius Rothenburg acerca da troca de sujeitos em sede de omissão inconstitucional não foi utilizada nem tampouco adotada pelo STF no julgamento da ADO 26. O propósito do uso dessa teoria no presente trabalho guarda relação com as críticas que foram feitas à decisão proferida na ADO 26, como, por exemplo, a advinda de Gonçalves (2019, p. 29), que reconhece o benefício da

criminalização frente à comunidade LGBT, mas que, não obstante isso, não competiria ao STF tomar as vestes de legislador constituinte.

A partir do momento em que as críticas dizem que o STF teria tomado as vestes do legislador ordinário o manuseio da teoria da troca de sujeitos se faz pertinente a fim de que seja demonstrado que não foi isso que ocorreu, ou seja, que o STF ao traçar a decisão assentada na ADO 26 não teria violado a tripartição de poderes, não teria ocorrido aí uma troca de sujeitos.

Dito isto, caminha-se para a frente com base na linha intelectual do professor Cunha Júnior (2016, p. 255) que menciona que “[...] tão grave quanto atuar em desconformidade com o texto supremo, é omitir-se em face de uma determinação nele contida”, e ensina Mendes (2017, p. 956) que, a omissão legislativa inconstitucional decorre da inobservância do legislador ordinário a dado mandamento constitucional.

Deveras, tem-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) como um mecanismo efetivo de controle concentrado frente às omissões do Poder Público com vistas ao suprimento, de modo abstrato e geral, por óbvio, da mora inconstitucional cujas fontes são os órgãos de direção política (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 255).

Isso tem relação ao caso em apreço, haja vista a posição refratária do Congresso Nacional que, até o presente momento, não edificou ao status de Lei Federal qualquer projeto de lei voltado à proteção suficiente da comunidade LGBT, nem tampouco alterou legislativamente a Lei Antirracismo a fim de colmatar lacuna axiológica com vistas à proteção suficiente daquela comunidade.

Menciona-se assim, por ser importante, que as competências dadas a cada Poder inscritas na Constituição não são algo que, em regra, esteja à disposição de modificações, como bem pontua Ignácio Junior (2013, p. 5038), de tal modo que existem mesmo “[...] limites intransponíveis, funções absolutamente exclusivas, titulares insubstituíveis” (IGNÁCIO JUNIOR, 2013, p. 5038).

Nesse enredo, Rothenburg (2005, p. 118) propõe que haverá casos extremos em que a omissão inconstitucional não poderá ser tolerada e a injustificável inércia ou inaptidão de determinado sujeito constitucional em realizar as determinações constitucionais deverá ser combatida, sob pena de correr-se o risco de que tal atitude deflagre uma grave crise de violação ao pacto fundamental consubstanciado na Constituição.

Nesse caso, conforme aponta Rothenburg (2005, p.118), “o câmbio de sujeito constitucional competente para realizar determinações constitucionais significa uma reinterpretção da vontade constituinte e, certamente, um afastamento excepcional do desenho original de distribuição de competências e respectivos titulares”.

Inobstante isso, apesar das proposições já expendidas com vistas a reforçar a convicção de que, no caso da ADO 26, o STF não tenha legislado, Ignácio Junior (2013, p. 5038), bebendo dos magistérios de Rothenburg apregoa que, no caso de inércia inconstitucional do Congresso Nacional, a “[...] alteração da atribuição constitucional original de competência (‘quem’) justificar-se-ia por interpretação sistemática e teleológica, para preservar a imposição constitucional original de realização (‘o que’) [...]”.

Com efeito, falar-se-ia em uma troca de sujeitos com justificativa na manutenção das garantias e direitos fundamentais que, nesse caso, consoante destaca Ignácio Junior (2013, p. 10989) em “A Legitimidade para substituição se sujeitos constitucionais por ineficiência”, partindo dos ensinamentos de Walter Claudius Rothenburg em “Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito”, caberia unicamente ao órgão incumbido do *judicial review*, ou seja, ao Poder Judiciário, neste caso em especial, por se tratar de controle concentrado de constitucionalidade, ao STF.<sup>30</sup>

Rothenburg (2005, p.137) afirma que a jurisdição constitucional pode representar uma infirmação de decisões obtidas majoritariamente, mas alerta para o fato de que não se deve incorrer em ilusão “com a virtude contramajoritária da jurisdição constitucional”. O autor, citando John H. Ely, chama a atenção para o fato de que “a capacidade de os juízes predizerem o futuro não é melhor que a dos legisladores” e afirma que “naturalmente, os juízes, como os legisladores, podem cometer erros [...]. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação de juízes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política no longo prazo” (ROTHENBURG, 2005, p.126-131).

De fato, na análise feita por Pereira (2012, p. 101) acerca da obra de Rothenburg que versa sobre a inconstitucionalidade por omissão, vê-se claramente o enfoque despendido por este teórico que “defende de maneira exímia a possibilidade de uma mudança de legitimidade constitucional” (PEREIRA, 2012, p. 102), que proviria de uma perda de competência constitucional como forma de sanção pela omissão inconstitucional, o que

---

<sup>30</sup> Nas palavras de Rothenburg (2005, p.102), “nem só de maioria vive a democracia”. Aduz o autor que embora o legitimado constitucional originário desfrute de uma presunção de legitimidade advinda do momento constituinte, tal legitimidade pode ser suspensa e transferida temporariamente e, no extremo, até desaparecer em razão de sua inércia ou inaptidão para a realização dos comandos constitucionais. Acrescenta ainda o autor que conquistas (parciais) de legitimidade podem, com o decorrer do tempo, restarem desprotegidas em razão de seu titular não mais conseguir garanti-las, apontando-se para a necessidade de uma eventual substituição. Por fim, esclarece que uma atribuição formal de competência constitucional originária pode, com a dinâmica e evolução social constante, deixar de corresponder às opções valorativas expressadas pela Constituição, fazendo com que o sujeito originariamente legitimado para determinada atuação constitucional não acompanhe a referida evolução da realidade social, ensejando-se então a ocorrência de sua substituição (ROTHENBURG, 2005, p. 94).

acarretaria numa mudança de sujeitos, ou seja, o sujeito originariamente legitimado pela constituição seria substituído em sua atividade típica, neste caso, pelo Poder Judiciário (ROTHENBURG, 2005, p. 93).

Esclarece Rothenburg (2005, p. 139-142) que “quando a ocupação paulatina de espaços de conformação jurídica ocorre por conta do vazio deixado pela abstenção ou ineficiência de órgãos inicialmente competentes para atender às demandas sociais, a legitimidade originariamente conferida não foi exercida a contento e cede espaço a uma legitimidade emergente”, aduzindo o autor em outro momento que “a ‘categoria’ da legitimidade superveniente serve para explicar uma situação social de apropriação e resgate de uma legitimidade inicialmente inexistente ou fraca” (2005, p. 139-142).

Com efeito, à guisa de explicação, é bom que se saiba que:

O Direito Brasileiro sempre foi filiado à escola da *Civil Law*, de origem romano-germânica, pela qual a lei é fonte primária do sistema jurídico. Assim ainda o é, apesar de todo o movimento de valorização do costume jurisprudencial, notadamente pela emergência da súmula vinculante como fonte do direito, diante da Emenda Constitucional 45/2004 (TARTUCE, 2020, p. 31).

Inobstante isso, pontua Ignácio Junior (2013, p. 5035) que, embora, de fato, o Brasil se edificara no terreno da *Civil Law*, aos poucos o modelo anglo-saxão do *Common Law* vem se mostrando presente, e elucida:

O oráculo de nossa Constituição, dia a dia vem pautando suas decisões nos padrões do *common law*, embora não seja esse o padrão brasileiro. Essa força do Judiciário advém da atual Constituição Federal, que após décadas de regime de exceção, onde o Executivo era o detentor da maior fração do poder de nossa federação, procurou o legislador constituinte de 1988, inserir no pacto, uma gama imensa de direitos e garantias, e ao mesmo tempo confiou ao Judiciário a função de zelar pela observância dessas prerrogativas (IGNÁCIO JUNIOR, 2013, p. 5035 – 5036).

Nesse conjunto de ideias, aponta-se que, segundo Ignácio Junior (2013, p. 5038) bebendo da teoria rothenburguiana, uma das boas razões que legitimaria a destituição de um titular designado pelo poder constituinte originário plasma-se no juízo de que a “[...] injustificável inércia ou inaptidão em realizar determinações constitucionais, nesses casos extremos, configura uma autêntica crise e pode levar a uma quebra da constituição” (IGNÁCIO JUNIOR, 2013, p. 5038-5039).

Malgrado isso, pergunta-se: ora, se em face do art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que diz que “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988), exorbitar esse limite estipulado pela própria CF/88, com os poderes amalgamando-se entre si para além das barreiras impostas pelo constituinte e com o subterfúgio de consubstanciar as diretrizes constitucionais,

também não desaguaria numa autêntica crise ao ponto de levar a uma quebra da constituição, haja vista encontrar-se o princípio da separação dos poderes expresso justamente no título que arrola os princípios fundamentais da Constituição brasileira? (BRASIL, 1988).

Esclarece com maestria Moraes (2017, p. 312) que a separação dos poderes consiste em “distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade”, ou seja, tem-se daí que por mais bem intencionada que seja a troca de sujeitos à Rothenburg, com o propósito de cumprir a Constituição, estar-se-ia descumprindo-a, concomitantemente.

É com esse entendimento que se busca afirmar que no caso da ADO 26 falar em câmbio de sujeitos soaria inadequado, posto que, apesar de se saber que o Poder Judiciário brasileiro, principalmente em se tratando de matéria de jurisdição constitucional, ganhou “[...] um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais” (BARROSO, 2017, p. 5), maneja-se aqui dos magistérios de Ignácio Junior (2013, p. 5038), o qual frisa que ainda há “[...] limites intransponíveis, funções absolutamente exclusivas, titulares insubstituíveis”, no sentido de que a separação dos poderes é um desses limites.

Não foi outro o motivo pelo qual o relator da ADO 26, Ministro Celso de Mello em seu voto fez questão de deixar claro, que sua proposta:

[...] limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado *racismo social* (BRASIL, 2019, p. 95).

Com os pés no mesmo percurso, proferiu que:

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, como enfatizou o eminente Ministro NELSON JOBIM, em passagem por mim anteriormente referida – e realçada – neste voto (BRASIL, 2019, p. 99).

Decerto que, para além da independência, os Poderes são harmônicos entre si, como bem firma a CF/88 em seu art. 2º (BRASIL, 1988), o que autoriza o controle de constitucionalidade por parte da STF das leis criadas pelo Poder Legislativo.

É como tece o próprio Rothenburg, explicando que tendo “o Judiciário, especialmente o tribunal constitucional, infirmado uma opção legislativa, pode-se devolver ao Legislativo a oportunidade de conformação legislativa” (ROTHENBURG, 2007, p. 11),

reforçando assim o que foi proposto acerca do “backlash”, de tal modo que, ainda segundo Rothenburg (2007, p. 11) pode “ocorrer, todavia, de o tribunal constitucional (ou outro órgão do Poder Judiciário) voltar a infirmar a opção reiterada do Legislador”, o que só ratifica que o Poder Legislativo deve trabalhar tendo como parâmetro a CF/88, cabendo ao STF, quando provocado, declarar a inconstitucionalidade ou não dos atos daquele Poder, ou, como já disposto durante todo este trabalho, colmatá-los e adequá-los aos fins almejados pela CF/88, haja vista que, como ensina Mendes (1999, p. 318), nem sempre a declaração de inconstitucionalidade é o melhor caminho.

Verdadeiramente, com base nessa inteligência e de posse da informação de que a omissão inconstitucional do legislador trazida à baila na ADO 26 consiste em uma omissão parcial, toma-se de empréstimo a manifestação do Ministro Gilmar Mendes (1999, p. 318, grifei) no afã de registrar que:

Evidentemente, a cassação da norma inconstitucional (declaração de nulidade) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente da chama exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio licitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados (MENDES, 1999, p. 318).

Logo, utilizando-se dos ensinamentos de Gilmar Mendes em “Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha”, Cunha Júnior (2016, p. 269) sanciona o acima exposto dizendo que “a declaração da inconstitucionalidade por ação [...] não configura técnica adequada para eliminação da situação inconstitucional nos casos de omissão inconstitucional parcial” porque isso, indubitavelmente, recrudesceria de forma grave o estado de inconstitucionalidade.

Assim sendo, o que se buscou esclarecer diz respeito à concepção de que a omissão inconstitucional não abre margens para que um poder se imiscua na competência constitucionalmente dada a outro, pois, não seria razoável intentar no cumprimento da Constituição desrespeitando-a, mas que, por serem também harmônicos entre si (BRASIL, 1988) não “deve causar estranheza nem decepção esse vai-e-vém entre órgãos da soberania numa democracia, em que uns desautorizam outros” (ROTHENBURG, 2007, p. 9), haja vista que, de todo o modo, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário estão sujeitos às determinações do constituinte originário inscritas na CF/88.

Portanto, longe de ser uma troca de sujeitos o que se verifica na ADO 26, após todo o desenvolvido, é um atuar legítimo do STF como guardião da CF/88, justamente dentro dos limites e com as ferramentas dada pela própria Constituição brasileira, integrando o

ordenamento jurídico quando a declaração de inconstitucionalidade seja/seria nociva em sede de omissão parcial.

## 5 CONCLUSÃO

À guisa de desfecho, conveniente se faz tecer, por fim, uma síntese das ideias centrais aqui professadas e que cimentaram o desenvolvimento construtivo deste trabalho, percorrendo assim o assoalho das cognições e inteligências que tangenciaram o caminho que se buscou andar a fim de responder, com os olhos sempre voltados às hipóteses levantadas na parte introdutória, a seguinte problemática: pode-se dizer que houve, de fato, na decisão assentada na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, trabalho legiferante por parte da Suprema Corte brasileira e, por consequência, infringência à separação dos Poderes?

Inicialmente, coube traçar propugnações acerca do valor que uma Constituição detém, com uma maior atenção à Constituição da República Federativa do Brasil 1988 e seu espírito eminentemente programático e principiológico.

O que se pretendeu foi, a princípio, demonstrar que a Constituição brasileira, por se tratar do maior documento normativo do ordenamento nacional e por, insofismavelmente, ser revestida de força normativa, carece de ser eficazmente posta em prática. Mas, por ser um documento principiológico e dirigente, na maior parte das vezes, necessita da conformação do Poder Legislativo para tanto, o que, quando não ocorre, frente a um mandamento constitucional, dá ensejo ao nascimento da omissão inconstitucional.

Daí que se fez pertinente pontuar que o legislador ordinário é aquele que, através de sua atividade legiferante, tem o poder e o dever de consubstanciar no plano fático as metas propostas pelo constituinte originário postas na Constituição.

Não por outro motivo que, junto disso, também se procurou veicular sobre a independência e a harmonia entre os poderes, enfatizando que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário não se sobrelevam entre si e se subordinam à Constituição, alijando-se a ideia de que o Poder Judiciário, aos olhos da teoria montesquiana, seria formado, desenhadamente, por meros juízes “bocas da lei”. Vige-se o Estado Constitucional e de Direito. O afã aqui foi de esclarecer que o Poder Judiciário não é mais integrado por juízes autômatos, apáticos, insípidos, mas que cumprem a lei e a Constituição de forma criativa e humana.

Para tanto, fez-se necessário tratar sobre o movimento do constitucionalismo moderno, assim como do neoconstitucionalismo e da superação do positivismo pelo pós-positivismo, pois, foram marcantes para que a Constituição hoje detenha caráter de supremacia.

Somado a isso, fez-se premente registrar que a própria Constituição traz consigo a pretensão de ser cumprida e respeitada porque juntamente com seu programa de direitos fundamentais forneceu ferramentas para fazer valer o que determina, de sorte que, quanto a isto

(ferramentas de controle de constitucionalidade), incumbiu ao Judiciário apreciar-lhas, e, mais especificamente, ao Supremo Tribunal Federal, a análise das ações de controle abstrato e objetivo, sendo uma delas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, um dos pilares fundamentais deste trabalho.

Subjaz-se a isso a convicção de que ao Judiciário compete, neste caso na pessoa do STF, dar a última palavra em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, ao STF, quando da quiescência do Poder Legislativo em se tratando de omissão inconstitucional, cumpre integrar o ordenamento jurídico, exercendo seu mister constitucional de guardião da Lei Maior.

Em razão disso foi que se buscou sempre deixar claro que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 não houve um câmbio de sujeitos à Rothenburg como sanção à omissão inconstitucional, não havendo, portanto, que se falar em atividade legiferante pelo STF e por consequência, em invasão de competência.

O que levou a esse entendimento foi, primeiramente, o próprio respeito à Constituição tracejado em todo o desenvolvimento do trabalho, não sendo assim coerente e razoável pugnar pela troca de sujeitos, onde o STF deveria travestir-se de legislador ordinário e assim tipificar a homofobia como forma de sanção à pasmaceira e inércia do poder legislativo, de modo que, seria mesmo desarrazoado advogar pela supremacia constitucional e seus mandamentos para no fim de tudo defender a ideia, às avessas do que pontifica a Constituição acerca da separação dos poderes, de que a Suprema Corte poderia imiscuir-se no Poder Legislativo para fins de tipificação da homofobia.

Junto disto, a consolidação do entendimento anteriormente esposado se deu com o voto do relator da ADO 26, o Min. Celso de Mello, que a todo tempo esclareceu que não se tratava de uma decisão aditiva e tampouco de interpretação “*in malam partem*”, mas de subsunção ao tipo penal descrito na Lei Antirracismo, numa interpretação conforme à Constituição, porque, brilhantemente, desnudou e alargou ainda mais a inteligência de que a noção de racismo não deve se restringir a caracteres biológicos e fenotípicos.

Portanto, o desejo tatuado neste trabalho cingiu-se e cinge-se, mormente, à ideia de supremacia da Constituição brasileira, Documento Magno que é norte de toda sociedade porque por ela legitimada, e de todos os Poderes; Constituição Cidadã gestada após um período de obscurantismo institucional, democrático e constitucional; documento arraigado de um programa cujo afã prospecta para a felicidade de todos e respeito às escolhas individuais, respeito ao diferente por ser necessário à concretização de uma sociedade plural, respeito às minorias, à dignidade da pessoa. Foi o que se buscou pintar através das cores distribuídas na

paleta de um pintor incipiente cujo resultado é possível vislumbrar em todo o corpo deste trabalho.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Vol. II., São Paulo: Saraiva & Cia., 1933.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf). Acesso em: 28 mar. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 29 mar. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo\\_democratico\\_brasil\\_cronica\\_um\\_sucesso\\_imprevisto.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf). Acesso em: 28 mar. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6a ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 6ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 2277/2007**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373804>. Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009**. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.063%2C%20DE%2027,direta%20de%20inconstitucionalidade%20por%20omiss%C3%A3o.&text=Art.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.063%2C%20DE%2027,direta%20de%20inconstitucionalidade%20por%20omiss%C3%A3o.&text=Art.) Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, Data de julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Ação Direta De Inconstitucionalidade por Omissão 28/SP**. Rel. Min. Cármen Lúcia. No 18.188/2015-AsJConst/SAJ/PGR.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 52, de 1988**. Atividade legislativa. Disponível: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/20583>. Acesso em: 09 jan. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 515 de 2017**. Consulta Pública. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=132048>. Acesso em: 09 jan. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006**. Atividade Legislativa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1**. Distrito Federal. Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGrauADI3367.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.439**. Distrito Federal. Rel. Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 22/05/1996, Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 30/05/03. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347058>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25**. Distrito Federal. Min. Rel. Gilmar Mendes, 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385039>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682-3 Mato Grosso**. Min. Rel. Gilmar Mendes, 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>. Acesso em: 09 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733/DF**. Distrito Federal. Relator: Min. Edson Fachin. Data de Julgamento: 13/11/2018. Data de Publicação: DJE-242, 16/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul**. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 09 jan. 2021.

BUZANELLO, José Carlos. Controle de constitucionalidade: a Constituição como estatuto jurídico do político. **Revista Informativa Legislativa**, a. 34, n. 136, 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/288/r136-02.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 30 mar. 2020.

CAIXETA, Gabriel Ricardo Jardim. **Silêncio legislativo, liberdade para legislar e omissão inconstitucional**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-24112015-110351/publico/VERSAO\\_SIMPLIFICADA\\_SILENCIO\\_LEGISLATIVO\\_LIBERDADE\\_PARA\\_LEGISLAR.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-24112015-110351/publico/VERSAO_SIMPLIFICADA_SILENCIO_LEGISLATIVO_LIBERDADE_PARA_LEGISLAR.pdf). Acesso em: 31 mar. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3a ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição do Brasil de 1988: instrumento de proteção das diferenças entre o direito e a política**. Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Coordenação Gilmar Ferreira Mendes e Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 1a ed. reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano II, N° 2 e Ano 111, N° 3 - 2001-2002. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16013577.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 3a ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 102. pp. 215-253. jan./jun. 2011.

DOUGLAS, William. **Omissão inconstitucional e revisão geral anual dos servidores públicos: razões pelas quais o STF deve dar cumprimento ao art. 37, X da Constituição.** William Douglas, Eugênio Rosa de Araújo e André Luiz Maluf Chaves. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

FELDENS, Luciano. Comentário ao art. 5º, XLII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 9 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2017.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. Brasília: **Revista Informativa Legislativa**, a. 48, n. 189, 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 mar. 2020.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais.** In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Direito Constitucional: teoria geral da constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição.** São Paulo: Max Limonad, 1986.

FIGUEIREDO, Regina; PEIXOTO, Marcelo. Em Defesa da Criminalização da Homofobia: garantindo o direito específico à diversidade de gênero. **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia OAB-SP**, vol. 2, n. 5 (outono de 2011). São Paulo: OAB/SP, 2011. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Regina\\_Figueiredo2/publication/262011624\\_A\\_homofobia\\_como\\_crime\\_especifico\\_Homophobia\\_as\\_a\\_specific\\_crime/links/0c9605388cd4f0326d00000.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Regina_Figueiredo2/publication/262011624_A_homofobia_como_crime_especifico_Homophobia_as_a_specific_crime/links/0c9605388cd4f0326d00000.pdf). Acesso em: 18 set. 2020.

FRASER, Nancy. **Distorted beyond recognition: a rejoinder to axel honneth.** In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition: a political-philosophical exchange.** London: Verso, 2003.

FRASER, Nancy. **From redistribution to recognition?: dilemmas of justice in a “postsocialist” age.** In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Justice interruptus: critical reflections on the “postsocialist” condition.** New York: Routledge, 1997.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONÇALVES, Antonio Baptista. STF e a criminalização da homofobia. **Migalhas**, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia>. Acesso em: 18 set. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Volume I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

IGNÁCIO JUNIOR, José Antonio Gomes. A Legitimidade para substituição se sujeitos constitucionais por ineficiência. **RIDB**, Ano 2 (2013), nº 6, 5025-5044. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/06/2013\\_06\\_05025\\_05044.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/06/2013_06_05025_05044.pdf). Acesso em: 18 set. 2020.

IGNÁCIO JUNIOR, José Antonio Gomes. O Supremo Tribunal Federal como único legitimado à troca te sujeitos constitucionais por deficiência de legitimidade (Pro- Ativismo). **RIDB**, Ano 2 (2013), nº 6, 5025-5044. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/06/2013\\_06\\_05025\\_05044.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/06/2013_06_05025_05044.pdf). Acesso em: 18 set. 2020.

LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 2 ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. A separação de Poderes e a constituição do Estado Moderno: o papel do Poder Judiciário na obra de Montesquieu. **Revista AGU**, 2007. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Flavia\\_Santiago\\_Lima/publication/327607757\\_A\\_SEPARACAO\\_DE\\_PODERES\\_E\\_A\\_CONSTITUICAO\\_DO\\_ESTADO\\_MODERNO\\_O\\_PAPEL\\_DO\\_PODER\\_JUDICIARIO\\_NA\\_OBRA\\_DE\\_MONTESQUIEU/links/5c17879c299bf139c75e8bba/A-SEPARACAO-DE-PODERES-E-A-CONSTITUICAO-DO-ESTADO-MODERNO-O-PAPEL-DO-PODER-JUDICIARIO-NA-OBRA-DE-MONTESQUIEU.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Flavia_Santiago_Lima/publication/327607757_A_SEPARACAO_DE_PODERES_E_A_CONSTITUICAO_DO_ESTADO_MODERNO_O_PAPEL_DO_PODER_JUDICIARIO_NA_OBRA_DE_MONTESQUIEU/links/5c17879c299bf139c75e8bba/A-SEPARACAO-DE-PODERES-E-A-CONSTITUICAO-DO-ESTADO-MODERNO-O-PAPEL-DO-PODER-JUDICIARIO-NA-OBRA-DE-MONTESQUIEU.pdf). Acesso em: 28 mar. 2020.

MACIEL, Marcela Albuquerque. O Supremo Tribunal Federal e a Omissão Inconstitucional: a tarefa realizadora da Constituição e o Mandado de Injunção. **Revista de Direitos Difusos**. vol. 37. maio-junho/2006. Disponível em: <http://ibap.emnuvens.com.br/rdd/article/view/59/37>. Acesso em: 31 mar. 2020.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação de Poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. **Revista Informativa Legislativa**, a. 45, n. 178, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176530/000842787.pdf?sequence=3>. Acesso em: 28 mar. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP).

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional**. 2008. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Omisao\\_Legislativa\\_v\\_\\_Port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Omisao_Legislativa_v__Port.pdf). Acesso em: 31 mar. 2020.

MIRANDA, Jorge. A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. **Revista Direito e Liberdade**. ESMARN, v. 14, n. 1, p. 09 – 38. jan/jun 2012. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16038938.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2020.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro; Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OMMATI, Fides. **Dos freios e contrapesos entre os Poderes do Estado**. Brasília: Revista Informativa Legislativa, a. 14, n. 55, 1977. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181023/000359521.pdf?sequence=3>. Acesso em: 28 mar. 2020.

PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado**. Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. 16 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

PELICIOLI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. Brasília: **Revista Informativa Legislativa**, a. 43, n. 169, 2006. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/43/169/ri\\_v43\\_n169\\_p21.pdf](https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/43/169/ri_v43_n169_p21.pdf). Acesso em: 28 mar. 2020.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. Aspectos Relevantes da Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito. **UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres., Londrina**, v. 13, n. 1, p. 101-109, Mar. 2012.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. *Backlash* às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. **RIL Brasília** a. 54 n. 214 abr./jun. 2017 p. 189-202. Disponível em:

[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril\\_v54\\_n214\\_p189.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189.pdf). Acesso em: 19 set. 2020.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: introdução crítica**. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional**, do livro Direitos humanos e democracia, coordenado por Clèmerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Coutinho Pagliarini. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Joel Rufino dos. **O que é racismo**. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1984.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10a ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira e Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 109-129, jul./set. 2005.

SEGADO, Francisco Fernández. **O novo regime jurídico da ação de inconstitucionalidade por omissão: a Lei brasileira n. 12.063, de 27 de outubro de 2009**. Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Coordenação Gilmar Ferreira Mendes e Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6a. ed. São Paulo: Malheiros Editores.

SILVA, Osmar Vieira da. As lacunas axiológicas. **Revista Jurídica da UniFil**. Ano II, nº 2, 2015. Disponível em: [https://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica\\_02-15.pdf](https://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-15.pdf). Acesso em: 09 jan. 2021.

SOUSA, Viviane; ARCOVERDE, Léo. Brasil registra uma morte por homofobia a cada 23 horas, aponta entidade LGBT. **G1 e Globonews**, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/17/brasil-registra-uma-morte-por-homofobia-a-cada-23-horas-aponta-entidade-lgbt.ghml>. Acesso em: 18 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “O problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em: [http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf). Acesso em: 22 jun. 2021.

TARTUCE, Flávio **Manual de direito civil: volume único**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 18 ed. rev. amp., São Paulo: Malheiros, 2002.

TODOROV, Tzvetan. **A vida em comum: ensaio de antropologia geral**. Trad. Maria Angélica e Norma Wimmer. São Paulo: Ed. Unesp.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El valor de la constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal**. Imprenta: Madrid, Alianza Editorial, 2006. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:1998;000625082>. Acesso em: 31 dez 2020.

VASCONCELOS, Pedro Bacelar de. **Cadernos democráticos** n. 3, Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1998.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. 2a tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, Iacyr de Aguilar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/388/r139-05.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 30 dez 2020.

XAVIER, Vinicius de Moura. A essência da Constituição: uma análise da colaboração de Ferdinand Lassalle para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50, número 197, jan/mar 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496985/000991342.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 dez 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil: ley, derechos y justicia**. Trad. Marina Gercón. Madrid: Trotta, 1995.