

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR “JACY DE ASSIS”**

GABRIEL RODRIGO DE SOUSA

**O MANDADO DE INJUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
ANÁLISE CRÍTICA DA EQUIPARAÇÃO DA HOMOFOBIA AO CRIME DE
RACISMO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

UBERLÂNDIA

2020

GABRIEL RODRIGO DE SOUSA

**O MANDADO DE INJUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
ANÁLISE CRÍTICA DA EQUIPARAÇÃO DA HOMOFOBIA AO CRIME DE
RACISMO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade de Direito Professor “Jacy de
Assis da Universidade Federal de Uberlândia
como requisito parcial para obtenção do
título de bacharel

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Doutor Alexandre Walmott
Borges

UBERLÂNDIA

2020

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor e amigo Doutor Alexandre Walmott pela prontidão no aceite de orientação desse trabalho.

Muito obrigado a professora Shirlei Silmara de Freitas Mello por ter aceitado compor essa banca. O afeto e respeito com que sempre trata os alunos, sempre acreditando no melhor de cada um nos ajuda, já perto do fim do curso, a acreditar em um mundo melhor.

A professora Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro, agradeço a presteza de compor essa banca e a oportunidade dada no final da graduação de conhecer um pouco mais do Direito Internacional e as suas nuances com o Direito Penal. Muito obrigado!

Aos colegas do curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Betânia, Douglas, Miguel, Raphael, Thales e João Pedro, meu muito obrigado pelo companheirismo e amizade nos últimos cinco anos. Vocês foram fundamentais!

A minha família, obrigada por tudo! Sortudo é a pessoa que consegue estabelecer relação de amor e afeto de mãe e filho com três pessoas incríveis: a dona Antônia, dona Eleuza e a dona Sônia. Vocês são a razão do meu passado, presente e futuro! Tudo que conquistei e conquistarei somente será possível pelo auxílio e amor com me tratam há “apenas” 23 anos. As minhas irmãs, Flávia e Érika, muito obrigado pelo auxílio nessa jornada.

RESUMO

A presente monografia propõe a análise do recente acórdão exarado pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 4733 em que equiparou as condutas homotransfóbicas com a conduta do racismo tipificado na Lei 7716/1989. O interesse pelo tema surgiu diante de críticas doutrinárias surgidas após a decisão de que a Corte teria usurpado a competência privativa do Congresso Nacional em criminalizar condutas e, portanto, ferido os ditames da Constituição Federal. Contudo, nota-se que, a despeito do que alega parcela da doutrina, a decisão do Pretório Excelso utilizou de fortes balizas jurisprudências e doutrinárias (de áreas como o Direito Constitucional e o Direito Internacional Público) e de outras ciências para acertadamente concluir que a homotransfobia é fruto do racismo social. Por isso, faz-se necessária a reflexão acerca das características marcantes do *writ* (Mandado de Injunção) positivado no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal e com a sua regulamentação pela lei 13.300/16, que alterou substancialmente o alcance que os tribunais superiores passaram a dar a esse importante instituto ao longo das décadas e pelas variadas composições do Tribunal. Realizou-se, para tanto, um estudo com material científico, desde livros doutrinários a revistas jurídicas e produções jurisprudenciais, por meio do método indutivo. A tese defendida é de que a referida decisão não feriu o princípio da estrita legalidade em matéria penal e tampouco a definição dada pela Suprema Corte possa ser considerada inócua sobre o ponto de vista de política criminal.

Palavras-chave: Homofobia. Mandado de Injunção. Racismo. Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

This monograph proposes the analysis of the recent judgment in the Supreme Court in Injunction No. 4733 in which it equated homotransphobic conduct with the conduct of racism typified in Law 7716/1989. The interest in the subject arose in the face of doctrinal criticism stemmed after the decision that the Court would have acted usurped the private competence of the National Congress to criminalize conduct and, therefore, hurt the dictates of the Federal Constitution. However, it is noted that, despite what claims part of the doctrine, the decision of the Pretorium Excelsus used strong jurisprudence and doctrinal goals (from areas such as Constitutional Law and Public International Law) and other sciences to correctly conclude that homophobia is the result of social racism. Therefore, it is necessary to reflect on the remarkable characteristics of writ (Injunction) positive in Article 5, LXXI, of the Federal Constitution and with its regulation by law 13.300/16, which substantially altered the scope that the higher courts have given to this important institute over the decades and various compositions of the Court. For this, a study was carried out with scientific material, from doctrinal books to legal journals and jurisprudential productions, through the inductive method. The thesis put forward is that that decision did not respect the principle of strict legality in criminal matters and neither can the definition given by the Supreme Court be considered innocuous on the point of view of criminal policy

Keywords: Homophobia. Injunction Warrant. Racism. Federal Court of Justice.

LISTA DE SIGLAS

CF	Constituição Federal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
HC	Habeas Corpus
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - HISTÓRICO DO DESENVOLVIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	11
1.1- Origem Anglo-Americana.....	13
1.2- Origem portuguesa	14
1.3- Origem brasileira.....	15
CAPÍTULO II-CONCEITO DE RACISMO E A SUA TIPIFICAÇÃO NA LEI N. 7.716/1989	16
2.1 - O Caso Ellwanger como paradigma da construção do racismo enquanto construção social.....	20
2.2- O voto do Ministro Maurício Corrêa	22
2.3- O voto do Ministro Moreira Alves	24
CAPÍTULO III - ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MI nº 4733	26
3.1- Cabimento do Mandado de Injunção ao caso: o direito à sexualidade enquanto expressão da cidadania	30
3.2- Voto do Ministro Celso de Mello: a corrente majoritária	36
3.3-Voto do Ministro Ricardo Lewandowski: a corrente minoritária	39
CAPÍTULO IV - EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA EM TORNO DAS CORRENTES DO MANDADO DE INJUNÇÃO EM RELAÇÃO AOS SEUS EFEITOS: POSIÇÃO CONCRETISTA, NÃO CONCRETISTA E CONCRETISTA INTERMEDIÁRIA ...	40
4.1-A teoria não concretista: sua inadequação aos ditames da Constituição de 1988.....	40
4.1.3-A teoria concretista intermediária: a opção do legislador ordinário na Lei nº 13300/2016	43
4.1.3-A teoria concretista geral: posição adotada pelo STF no Mandado de Injunção nº 4733	45
4.2- Criminalização da homofobia pelo STF: o princípio da legalidade e os mandados de criminalização.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

A temática posta em análise nesse trabalho “O Mandado de Injunção no ordenamento jurídico brasileiro: análise crítica da equiparação da homofobia ao crime de racismo pelo Supremo Tribunal Federal” foi escolhida diante da recente e polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito do Mandado de Injunção nº 4733, de relatoria do Ministro Edson Fachin e, subsidiariamente, dos argumentos trazidos pelos Ministros na Ação de Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Além disso, o interesse pelo tema nasceu inicialmente pela escassez de pesquisas e trabalhos acadêmicos relacionados a área do Direito Constitucional, com as características marcantes do *writ* positivado no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal e com a sua regulamentação pela lei 13.300/16, que alterou substancialmente o alcance que os tribunais superiores passaram a dar esse importante instituto.

O caso paradigmático de análise, nesse caso, se deu em virtude da decisão proferida pelo plenário do STF, que equiparou a conduta de homofobia ao crime de racismo. A Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT). Dessa forma, o Plenário da Corte assentou que é inadmissível que se permaneça até os dias atuais a flagrante inconstitucionalidade por omissão do Congresso Nacional em regulamentar e criminalizar essa abjeta conduta. Até aqui houve praticamente consenso da comunidade jurídica em realmente considerar que a omissão do Congresso Nacional não pode ser mais tolerada.

Contudo, a controvérsia da decisão, se deu em razão da solução provisória encontrada pelos Ministros, enquanto o Congresso não altera a sua posição. Por oito votos contra três, o Tribunal assentou o entendimento de que as condutas homofóbicas, até edição de lei específica pelo Congresso Nacional, serão enquadradas pelo crime de racismo, tipificadas na lei nº 7716/1989. Aqui se encontra a problemática central dessa pesquisa: teria o STF usurpado a competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal, isto é, ferido o princípio da legalidade estrita ou teria o Tribunal Constitucional acertadamente, por meio dos mandamentos constitucionais de criminalização de condutas discriminatórias, dado concretude aos Direitos Fundamentais da comunidade LGBT?

Para tanto, será feita uma abordagem teórica desde a compilação e revisão de diversos materiais bibliográficos, de autores de diversas áreas do conhecimento jurídico, em especial

do Direito Constitucional. Diante desse quadro, é mister que a presente pesquisa adote a transdisciplinaridade como norte, pois não é possível construir a temática aqui presente sem o auxílio de outras áreas do conhecimento, especialmente a História, para conhecer o desenvolvimento do instituto do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro.

É fundamental, portanto, a consulta a autores cujos escritos para o desenvolvimento deste estudo foram importantes destacando-se os seguintes: Eric Baracho Dore Fernandes, Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald, Gilmar Ferreira Mendes, Guilherme de Siqueira Castro, Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Diomar Ackel Filho, José Cretella Júnior, Luís Roberto Barroso, Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmento, José Afonso da Silva, Irineu Strenger, Volney Zamenhof de Oliveira Silva, Marcelo Figueiredo, Sérgio Reginaldo Bacha, Francisco Antonio de Oliveira, Regina Quaresma e Joaquim José Gomes Canotilho.

Além disso, o critério de uma análise crítica da realidade jurídica-histórica do momento analisado, visando que o Direito influencie de forma positiva a realidade será adotado. A criticidade no direito, pode ser assim definida:

(...) um processo de intervenção sobre o saber acumulado, que proporciona a informação necessária para desenvolver um conhecimento analítico capaz de superar as barreiras do nível alcançado pelas ciências sociais(...) O discurso crítico não pode ser nenhuma pretensão de completude, nem pode pretender falar alternativamente em nome de nenhuma unidade ou harmonia, já que está em processo permanente de elaboração(...) realiza análises fragmentadas e transformáveis, próprias de um processo de produção de um novo conhecimento científico.(WARAT, 1998, p. 35)

Quanto à metodologia, optou-se pelo método indutivo. Essa opção se justifica porque o método indutivo permite a análise do tema a partir de quadros específicos, como há dificuldade brasileira em se construir uma identidade constitucional forte, em que o Estado Democrático de Direito seja de fato pensado como premissa básica de organização social, na contemporaneidade, para depois partir para a situação mais global, que no caso é a realidade brasileira como um todo, com o intuito de compreender o estado de coisas que o constitucionalismo brasileiro apresenta em relação a criminalização da LGBTfobia no Brasil. Aqui, portanto, inicialmente será feita uma análise das individualidades, comparando e descrevendo as relações entre elas, permitindo que se compreenda em um quadro maior, quais os desafios para o Brasil para a construção da sua efetividade constitucional e, portanto, da sua democracia.

Logo, a pesquisa será dividida em três capítulos, além da introdução e conclusão. No primeiro capítulo será explorado a história do desenvolvimento do mandado de injunção no

ordenamento jurídico brasileiro, apresentando, além disso, o precedente conhecido como “Caso Ellwanger” que determinou que o racismo é uma construção social.

No segundo capítulo, será abordado a decisão do STF que igualou as ações homofóbicas aos crimes de racismo. Para explorar corretamente os argumentos trazidos à baila pelos Ministros, analisaremos o voto favorável e majoritário do Ministro Celso de Mello e o voto desfavorável e minoritário do Ministro Ricardo Lewandowski. Por fim, no terceiro e último capítulo será analisado, com base na Lei nº 13300/2016, se o plenário do Supremo feriu ou não o princípio da legalidade ao analisar o Mandado de Injunção nº 4733.

CAPÍTULO I - HISTÓRICO DO DESENVOLVIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A regra geral do surgimento dos *writs* constitucionais é no direito anglo-saxão, porém a influência do Direito português nesse processo é marcante, em especial das Ordenações, é o que ocorreu com o *habeas corpus* e o mandado de segurança, por exemplo. Contudo, no caso do mandado de injunção é Diomar Ackel Filho, que melhor sintetiza a sua origem, conforme sintetiza o trecho abaixo:

Nos Estados Unidos, a injunção é remédio de uso frequente, com base na jurisdição de equidade. Ali, todas as Cortes aplicam em larga escala a equidade como meio de solução dos litígios, a tal ponto que, no passado, havia juízes que cuidavam exclusivamente dos casos de equidade, as *Court of equity*, ao lado dos juízes ordinários. A jurisdição de equidade americana atua sempre que a norma se afigura incompleta ou insuficiente para solucionar, com justiça, determinado caso. E também quando a questão envolva julgamento com base em princípio de justiça e consciência, o que determina a busca por um remédio de equidade. O emprego do *wri of injunction* no Direito Americano é muito amplo. Quer como provimento de natureza cautelar, quer como provimento definitivo, a injunção presta-se a corrigir um variegado de situações para as quais não se vislumbra remédio tão pronto e eficaz. (ACKEL FILHO, 1991, p. 132)

É evidente, portanto, que o legislador Constituinte brasileiro se inspirou no direito americano para a formulação do mandado de injunção brasileiro. Porém, atribuiu um caráter bem mais restrito ao *writ* ao conceituá-lo da seguinte maneira:

Mandado de injunção é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, artigo 5º, LXXI). O objeto, portanto, desse mandado é a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, cidadania e à soberania popular, que torne possível sua fruição por inação do poder público em expedir normas regulamentadoras pertinentes (MEIRELLES, 2009, p. 328)

Contudo, existem outras influências que precisam ser lembradas para uma completa exposição histórica do instituto no ordenamento jurídico brasileiro: a origem inglesa, portuguesa e a própria influência brasileira na construção do *writ*. Por muitos anos, o próprio plenário do STF adotou uma posição conservadora na definição dos contornos e limites da garantia constitucional ora estudada, pois era determinado apenas que o Congresso Nacional fosse comunicado da sua mora, sem mais consequências concretas. A edição da Lei 13.300/2016 passou a adotar uma posição intermediária, que permitiu que a decisão do

Supremo fosse adotada no caso da LGBTfobia, por meio da teoria concretista intermediária.

A criação do instituto, no seu atual contorno, se deu diante da necessidade do constituinte originário em criar normas de eficácia limitada¹ para, diante da pluralidade de interesses que estava presente na Assembleia Constituinte. Essa realidade brasileira faz com que o fenômeno da omissão inconstitucional se tornasse marcante na construção da identidade constitucional brasileira e, portanto, motivo que, diante do desleixo do legislador muitas promessas constitucionais ficassem postas apenas no papel.

Contudo, é necessário relembrar como premissas básicas do constitucionalismo brasileiro, atualmente, os seguintes aspectos: a força normativa da Constituição, a Constituição de 1988 como texto dirigente e o papel que a Jurisdição Constitucional no Brasil vem ganhando com um protagonismo preponderante do Supremo Tribunal Federal, nesse contexto.

O trecho seguinte consegue resumir o conceito de inconstitucionalidade por omissão:

Uma das principais inovações do constitucionalismo contemporâneo reside na ideia de que a máxima realização da força normativa da Constituição não depende apenas do reconhecimento de sua posição formal e hierarquicamente superior no sistema e, conseqüentemente, de que a validade das demais normas está condicionada à compatibilidade vertical com a Lei Maior. De fato, não se nega a importância de, através da atividade contra majoritária exercida pelo Poder Judiciário, resguardar os consensos mínimos essenciais ao Estado Democrático de Direito em face das maiorias políticas ocasionais tendentes a violá-los. Contudo, a falta de determinação política em dar cumprimento à realização desse projeto constitucional também constitui uma das mais graves disfunções do direito constitucional contemporâneo: a síndrome da inefetividade das normas constitucionais. Tão grave quanto à violação da Constituição por ação, é ver-se diante de um direito constitucionalmente reconhecido, porém incapaz de ser exercido devido à omissão do poder público em cumprir o comando constitucional de regulamentá-lo e torná-lo aplicável em sua máxima extensão (FERNANDES, 2017, p.175)

Dessa forma é necessário primeiro detalhar o histórico da criação do *writ* do mandado de injunção, para que possa ser compreendido o porquê da decisão do Supremo Tribunal Federal ter sido tomada nos termos já explicitados acima.

¹ Os constituintes de 1988 utilizaram de maneira pródiga normas de eficácia limitada para conceder direitos e atingir o consenso político-ideológico necessário para a promulgação da Carta Magna. Em linhas gerais, norma constitucional de eficácia limitada é uma norma constitucional não autoaplicável, demandando regulamentação por meio de lei. Cuida-se de fenômeno de interesse para variadas searas das ciências humanas, tais como a ciência política, sociologia e, obviamente, o direito constitucional. In: CASTRO, Guilherme de Siqueira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Mandado de Injunção**: de acordo com a Lei 13.300/2016. Salvador: Juspodivm, 2016.p.19

1.1- Origem Anglo-Americana

Há corrente doutrinária que defende que a origem do instituto advém do *common law*, em especial da Inglaterra e Estados Unidos da América, tal corrente é capitaneada por juristas como José Afonso da Silva (2013), Vicente Greco Filho (2003), Marcelo Figueiredo (1988), Hélio Tornaghi (2011) e Diomar Ackel Filho (1991). O principal argumento é que ambos os *writs*, tanto os de origem anglo-americana, quanto os brasileiros, têm por fundamento o julgamento com base na equidade, pois permite que quando existir lacuna na lei, a mesma poderia ser suprimida por ação do judiciário. Porém, houve importantes debates doutrinários sobre onde haveria no texto constitucional referência expressa da equidade para o julgamento do mandado de injunção.

Hélio Tornaghi (2011), demonstra um debate realizado entre ele, e o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves, sobre a influência ou não do Direito anglo-americano na criação do instituto do mandado de injunção. Vejamos:

Em debate travado no Rio de Janeiro, em 14.12.88, perguntou-me o eminente Min. José Carlos Moreira Alves onde está dito no texto constitucional que o julgamento do pedido de Injunção deve ser feito com base na equidade social. Segundo S. Exa., eu estaria incidindo em petição de princípio ao partir da afirmação daquilo mesmo que eu deveria provar, isto é, que o julgamento do Mandado de Injunção é feito segundo o estilo da equidade social. Ora, quem sabe o que é a Injunção, tal como a fomos buscar no Direito inglês e no americano não ignora que ela é um remédio da *Equity*. Se trago para o Brasil uma planta aquática, posso presumir que ela há de ser transplantada para a água, que é o seu ambiente natural. Igualmente se vem para nossa pátria um remédio do campo da equidade (*equitable relief*) é de supor, sem que isso precise ser demonstrado, que é nessa área que ela deve funcionar. Isso me parece óbvio, e é totalmente desnecessário provar o óbvio. Pode-se partir daí para então tirar as naturais consequências. Acredito que o insigne jurista, melhor considerando, reconhecerá que não há petição de princípio, porque não se parte daquilo que deve ser provado, mas sim daquilo que é axiomático, evidente por si mesmo, que é da própria natureza do instituto. Ao trazer para o Direito brasileiro a instituição do júri, foi preciso provar que ele é um tribunal popular? Ao introduzir entre nós o habeas corpus, foi necessário demonstrar que se trata de um remédio contra a lesão da liberdade de ir e vir? Será mister apresentar a prova de que o leasing é um contrato de locação com opção de compra? (TORNAGHI, 2011, p. 343)

Na jurisprudência americana, os dois principais casos que são citados como *injunction* são: *Brown v. Board of Education II* e o *New York Times v United States*. A Suprema Corte assentou o entendimento que, diante da vergonhosa omissão dos governos Estaduais o sul dos Estados Unidos, por meio das decisões tomadas por equidade, fizesse um trabalho de construção, oferecendo a tutela do Judiciário para ver a igualdade material entre brancos e negros realizada. Já no segundo caso, o *New York Times* e o *Washington Post* litigaram

perante a Suprema Corte para que os veículos de comunicação tivessem o direito de publicar documentos do governo norte-americano sem o risco de punições por tal ato. A Suprema Corte concedeu a injunção, para garantir o direito à liberdade de expressão aos veículos de comunicação.

Há diferenças evidentes entre o mandado de injunção brasileiro e o norte-americano. Contudo, defender que em nada se assemelham também não é a afirmação mais exata e correta que pode ser formulada sobre essa novidade criada pela Constituição de 1988. As suas finalidades se aproximam, pois, o objetivo de ambos os *writs* é de dar concretude a um Direito Fundamental do impetrante. Esse é o entendimento de Marcelo Figueiredo, exposto a seguir:

O mandado de injunção é a única ação constitucional que autoriza o juiz a romper com a tradicional aplicação rígida de lei ao caso concreto para, de acordo com o pedido e o ordenamento jurídico, construir uma solução satisfatória, de modo a concretizar o direito constitucional do impetrante. Está nos parece ser a finalidade do mandado de injunção brasileiro e igualmente foi a finalidade do seu ancestral inglês e norte-americano. (FIGUEIREDO, 1988, p.36)

Há, ainda, doutrinadores que defendem que o mandado de injunção teve aspiração portuguesa e outros que defendem que não há influência do direito alienígena na construção do *writ*, sendo construção genuinamente brasileira. Essas correntes serão detalhadas no item 2.2 e 2.3.

1.2- Origem portuguesa

Durante o processo de elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houve quem acreditava que a novidade que foi esculpida no novo texto, a do mandado de injunção, possuía similaridade com o existente na Constituição portuguesa. Contudo, não procede a afirmação quando se faz a leitura do dispositivo do texto magno português. Na verdade, ali está disposto um mecanismo semelhante a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (103º, § 2º, da Constituição da República do Brasil).

Vejamos:

Artigo 283.

Inconstitucionalidade por omissão.

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional

aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.
 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

Fica verificado, portanto, que houve influência do Direito português nos mecanismos que visam combater a inconstitucionalidade por omissão. Porém, em relação específica ao mandado de injunção esta influência não pode ser efetivamente comprovada.

1.3- Origem brasileira

A segunda corrente, capitaneada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ives Gandra Martins, José Cretella Júnior, Celso Ribeiro Bastos entre outros, advoga no sentido de ser, o referido writ, típica criação brasileira, não possuindo qualquer semelhante no direito alienígena. (DE QUEIROZ, 1994).

Do próprio dispositivo constitucional podemos extrair os elementos necessários para a conceituação do mandado de injunção, a saber:

Mandado de injunção é a ação civil de rito sumário mediante a qual todo aquele que tem direito subjetivo público, ou privado, pode exigir, em juízo, o exercício de direitos e liberdades constitucionais, em como das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania, tornados inviáveis por ausência de norma regulamentadora. (CRETELLA JÚNIOR, 1989, p.100)

Outros elementos trazidos por Cretella Júnior são as diferenças existentes entre a natureza jurídica do mandado de injunção e a do paralelo no direito anglo-americano. O dito autor assim estatui:

No direito norte-americano, inglês e nos direitos de família do *common law*, o *writ of injunction* é a “ordem jurídica da Corte da Justiça, que proíbe pessoa-ou grupo de pessoas- de praticar determinada ação, ou que ordena que certa ação seja realizada. Em suma, no direito inglês e norte-americano, o writ of injunction equivale, ou tem a natureza jurídica da antiga “ação cominatória”, do direito brasileiro. É determinação do poder Judiciário ao particular, consistindo em um “facere” ou em um “non facere”. Ora, o atual mandado de injunção, no Brasil, é direito do particular, cidadão ou funcionário público, dirigido ao responsável pela edição da norma regulamentadora, isto é, ao Poder Legislativo, para que explicita, em lei, o dispositivo constitucional não autoaplicável. (CRETELLA JÚNIOR, 1989, p.101)

Com todo o exposto, muito embora o mandado de injunção brasileiro tenha características *sui generis*, é possível afirmar que possui também aspectos que lembram a construção do Direito anglo-americano.

CAPÍTULO II-CONCEITO DE RACISMO E A SUA TIPIIFICAÇÃO NA LEI N. 7.716/1989

Após a vigência de 21 anos de Ditadura Militar, o Brasil viveu em 1985 o seu processo de redemocratização. Fato notório da história recente brasileira, foi a instalação em 1987 da Assembleia Nacional Constituinte, que quase dois anos depois concluiu os seus trabalhos e promulgou a Constituição cidadã. O legislador constituinte, diante da necessidade de proteção de novos bens jurídicos, positivou no Texto Magno o seu mandado de criminalização mais importante e fruto de uma luta incessante do movimento negro para a sua concretização, que é o contido no artigo 5º, inciso XLII.

A resposta a esse mandamento veio um ano depois, com a aprovação da Lei 7716/1989. Esse fato é comprovado pelo trecho seguinte:

Mediante a citada justificativa, em face da iniciativa de um único parlamentar, o racismo tornou-se efetivamente um 'crime', passando a fazer parte do arcabouço jurídico brasileiro, em tese, a partir do mandamento constitucional consubstanciado no inciso XLII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que assevera que "a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". Como visto, a lei resultante do projeto apresentado antes mesmo da entrada em vigor da Constituição de 1988 acabou por ser publicada em 5 de janeiro de 1989, recebendo o nº 7.716. Em verdade, à ocasião é possível reconhecer o avanço ao erigir a crime a conduta que antes era prevista apenas como contravenção penal, segundo o disposto no diploma legal anterior à Lei 7716/89, a Lei 1.390/51, mais conhecida como Lei Afonso Arinos (RODRIGUES, 2012, p.80)

A Constituição brasileira, diante de seu extenso texto, fortaleceu um fenômeno chamado constitucionalização do Direito², consubstanciado na doutrina do neoconstitucionalismo³. No caso brasileiro, a sua importância foi ainda mais evidente, pois o país não possui uma tradição democrática forte e robusta.

² A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

³ No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais³⁶. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 213-225.

Esse é o entendimento Luís Roberto Barroso:

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por impeachment um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso (BARROSO, 2016, pg.45.)

O Direito Penal nas últimas décadas do século XX, imerso no cenário antes descrito, ganhou um papel de relevo na democracia brasileira. A Constituição de 1988, em especial foi o documento legal que deu o primeiro passo para a inclusão de sujeitos constitucionais outrora esquecidos pelos governantes, sempre em busca da sonhada igualdade material e, por consequência, a necessidade de proteção de novos bens jurídicos, tais como, a dignidade da pessoa humana⁴ encampada na criminalização do crime de racismo.

A Lei nº 7716/1989 define em seu artigo 1º, o crime de racismo da seguinte maneira: *“Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”*.

É evidente diante da triste história da escravidão no Brasil que quando mencionamos o referido delito, inicialmente atrelamos o termo aos preconceitos que os negros sofrem todos os dias no Brasil. Contudo, hoje esse conceito está limitado e ultrapassado⁵, pois a

⁴ Para Fernando Rodrigues Martins: A latere de fecundas doutrinas esclarecedoras, cabe o destaque de que a dignidade não pode alinhar-se em planos de metafísicos e transcendentais oriundos de posições hegemônicas. É de melhor alcance a observação da dignidade humana tendo como ponto de partida a formação social dos direitos humanos caracterizada por processos culturais, mediante lutas, conquistas, resistências e, sobretudo, reconhecimento imanente da pessoa e do espaço-mundo. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. A adequação do princípio da vulnerabilidade e o livre desenvolvimento da personalidade na promoção da pessoa com deficiência: novos desafios da hermenêutica jurídica. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, v. 2, n. 5, p.1189-1217, 2019.

⁵ Em uma palavra, Senhor Presidente: nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todas pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo

antropologia e as ciências biológicas evoluíram o bastante para compreender que existe apenas uma raça: a humana.

Diante dessa constatação, o racismo não poderia ter outra dimensão diferente de uma construção social de discriminação negativa a grupos ditos como inferiores ou que não se encaixam no perfil cultural construído durante séculos e enraizado na mente das pessoas. Portanto, é crível perceber que considerar o crime de racismo como um ato isolado contra a população negra não é o mais adequado diante da complexa realidade social brasileira. Os judeus e a comunidade LGBT, por exemplo podem ser considerados raças do ponto de vista social e, diante desse fato, sofrem com atos de preconceito dos mais vis e que, em muitos casos, beiram a discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais.

Não criminalizar essas condutas com o mesmo rigor do que a criminalização do racismo seria o mesmo que entender que há na ordem jurídica constitucional brasileira, hierarquia de opressões. Na prática, seria possível considerar que a discriminação contra determinada pessoa LGBT “valeria” menos que uma pessoa negra. A igualdade de proteção penal a esses grupos estaria violada por interesses e pensamentos de congressistas insensíveis ao dilema que essa expressiva parcela da população brasileira sofre todos os dias.

Estaria ferindo, portanto, os deveres estampados pelos constituintes de 1988 à luz de uma Constituição dirigente. Esse é o entendimento do professor Gilberto Bercovici:

Após a promulgação da Constituição de 1988, um dos grandes debates constitucionais gira em torno da concepção de constituição dirigente, introduzida no Brasil a partir da obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador* (1982), do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho. Para ele, a constituição dirigente busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão de legitimidade material pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional. A constituição, assim, não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Esta dimensão transformadora é ressaltada por todas as versões de constituição dirigente. Seja a constituição dirigente “revolucionária”, como a portuguesa de 1976, em cuja versão original havia a consagração da transição ao socialismo como um dos objetivos da República. Seja a constituição dirigente “reformista”, como a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988, que, embora não proponham a transição para o socialismo, determinam um programa vasto de políticas públicas inclusivas e distributivas. (BERCOVICI, 1999,pg.35)

A Constituição, portanto, coloca-se como ponto central do ordenamento jurídico, vinculando e limitando todos os Poderes da República. O trecho seguinte demonstra isso:

comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano. Noutras palavras, a igualdade está a nos exigir, enquanto intérpretes da Constituição, que se reconheça a igual ofensividade do tratamento discriminatório, seja para afastar a alegação de que judeus não seriam vítimas de racismo, seja para tolerar a apologia ao ódio e à discriminação derivada da livre expressão da *sexualidade*. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF de 2003. **Acórdão**. Brasília.

A constituição coloca-se como norma jurídica de maior grau hierárquico que aspira vincular todas as demais normas situadas abaixo de si na pirâmide do ordenamento jurídico, de modo a nortear sua interpretação, implicando-lhe coerência e integridade. Essa vinculação se faz patente a todos os poderes constituídos (judiciário, legislativo e executivo) e seus agentes, a todos os particulares e cidadãos (eficácia imediata), portanto, à sociedade de forma geral. Ela se coloca em termos de validade jurídica (pretensão de eficácia), ou seja, desde uma estrutura lógica que implica na adequação de todas as normas enquanto ordenamento. (BIELSCHOWSKY 2016, p.235)

A necessidade do Direito Penal em proteger novos bens jurídicos deve encontrar índole constitucional. Logo, somente pode existir diante da perspectiva de um direito penal mínimo e, somente evocado em último grau. A Constituição, portanto, é o documento jurídico apto em determinar o que deve ser criminalizado.

Esse é o entendimento externado a seguir:

A legislação penal não cria bens jurídico-penais; apenas decodifica os valores que são elevados à categoria de bens jurídico-penais, pela própria sociedade, em atenção à adequação social. Todavia, a eleição do bem jurídico-penal necessita coadunar com a Carta da República e com o princípio gerenciador da intervenção penal: a intervenção mínima. A Constituição Federal, de 1988, é lei donde brotam os princípios e diretrizes para o Estado e tem a função de dispor o que precisa ser criminalizado, ou seja, exerce papel orientador na criação da lei penal. Não obstante, é inverídica a afirmação de que **somente necessitam ser positivados, como crimes, os mandados constitucionais de criminalização explícitos e implícitos**; há inúmeros bens jurídicos que nascem do direito natural e fazem parte das raízes da comunidade, merecendo posituação penal, independente de previsão constitucional (grifos nosso). (REIS JÚNIOR, 2019, p.389)

Neste sentido, anota Luciano Feldens

Logicamente, não se requer seja o Código Penal um espelho, um retrato fiel da Constituição, pois que se assim fosse estaríamos dirigindo, sem fronteiras, a atividade do legislador democrático, cuja liberdade de configuração seria, ao invés de regra, exceção. A relação entre bens jurídicos constitucionais e penais não haverá ser necessariamente de coincidência, senão que de **coerência**. (grifos nossos). (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2005, p. 94)

Esse entendimento é, em apertada síntese, o firmado pelo Supremo Tribunal Federal nos famigerados casos Ellwanger e o do Mandado de Injunção nº 4733, os quais serão analisados a seguir.

2.1 - O Caso Ellwanger como paradigma da construção do racismo enquanto construção social

A questão racial no Brasil é fortemente marcada pelo preconceito, estigma e com o auxílio do sistema repressivo do Estado, a questão racial foi enformada por visão punitivista que serve de instrumento auxiliar de manutenção e reprodução do racismo. É cediço que a história da escravidão marcou fortemente o país. O racismo, portanto, igualmente como a cultura brasileira, é um ato plural, dotado de um pluralismo semântico imenso. A definição física, diante desse quadro, não é a única característica que pode definir a exatidão e amplitude do termo. Esse é o entendimento a seguir exarado:

Com efeito, com base nas relações entre “raça” e “racismo”, o racismo seria teoricamente uma ideologia essencialista que postula a divisão da humanidade em grandes grupos chamados raças contrastadas que têm características físicas hereditárias comuns, sendo estes últimos suportes das características psicológicas, morais, intelectuais e estéticas e se situam numa escala de valores desiguais. Visto deste ponto de vista, o racismo é uma crença na existência das raças naturalmente hierarquizadas pela relação intrínseca entre o físico e o moral, o físico e o intelecto, o físico e o cultural. O racista cria a raça no sentido sociológico, ou seja, a raça no imaginário do racista não é exclusivamente um grupo definido pelos traços físicos. A raça na cabeça dele é um grupo social com traços culturais, linguísticos, religiosos, etc. que ele considera naturalmente inferiores ao grupo ao qual ele pertence. De outro modo, o racismo é essa tendência que consiste em considerar que as características intelectuais e morais de um dado grupo, são consequências diretas de suas características físicas ou biológicas. (MUNANGA, 2004, pg.5)

Diante desse quadro, o Supremo Tribunal Federal, em sede do Habeas Corpus 82.424-2 /RS, definiu a seguinte tese jurídica:

Com efeito, a divisão dos seres humanos em raça decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem. (BRASIL, 2003, pg. 13).

O caso ora analisado, em apertada síntese, pode ser delimitado como o relacionado ao caso do editor de livros Siegfried Ellwanger, que foi condenado pela prática do delito posto no artigo 20 da Lei 7716/1989, cujo texto legal é o seguinte:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

O referido editor, escreveu um livro de conteúdo revisional histórico à situação vivida pela comunidade judaica em relação ao episódio histórico do Holocausto, no qual metade da população europeia adepta ao judaísmo foi exterminada em campos de concentração ligados ao Nazismo alemão e ao regime hitlerista. As obras possuíam conteúdo antissemita e, diante disso, não poderiam ser abarcadas no interior do direito à liberdade de expressão.

Para compreender a temática posta nesse trabalho, é importante, portanto, destacar esse precedente criado pelo Tribunal Supremo, pelos seguintes aspectos: ficou assentado, em definitivo, no Direito brasileiro que o racismo é uma construção social. Por conseguinte, é evidente que a aceção do termo não pode ser reduzida a determinado grupo social. Logo, qualquer ação que tome uma dimensão que represente qualquer tipo de discriminação a determinando contingente de indivíduos ligados pelo simples motivo de possuir suas peculiaridades físicas, culturais e sexuais, poderia ser enquadrada como racista.

Compreendendo isso, no seio do Direito Constitucional, cabe salientar o seguinte: a decisão do Supremo Tribunal Federal no Caso Ellwanger, ao compreender que os judeus, enquanto grupo populacional historicamente marcado pelos horrores do preconceito e da discriminação, seriam uma raça e, por consequência, quaisquer declarações visando inferiorizar esse determinado grupo poderia se enquadrar na tipificação do crime de racismo.

Diante desse quadro, duas grandes questões foram postas na análise do referido HC e no Mandado de Injunção nº 4733: a decisão do Supremo Tribunal Federal, em ambos os casos, violou o princípio da legalidade penal, ao determinar que condutas discriminatórias contra judeus fossem enquadradas como crime de racismo, e que os mandados de criminalização poderiam ser fundamentação suficiente para permitir que o Judiciário expanda a incidência da lei do racismo.

O Ministro do STF, Gilmar Mendes estatui o seguinte sobre os mandados de criminalização e as limitações que o intérprete constitucional possui ao analisar as leis penais:

Mandatos Constitucionais de Criminalização: as margens de ação conferidas constitucionalmente ao legislador em matéria penal e sua limitação pelo **princípio da proporcionalidade como proibição de excesso** [...] e **proibição de proteção deficiente** [...]. Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, **impõe ao legislador**, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do **princípio da proporcionalidade** como **proibição de excesso** e como **proibição de proteção**

insuficiente. A ideia é que a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade. A reserva da lei penal configura-se como reserva legal proporcional (...): a proibição do excesso funciona como limite máximo, e a **proibição de proteção insuficiente como limite mínimo da intervenção legislativa penal.** Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal. (MENDES, 2007, pg.06)

Portanto, o legislador e o aplicador da lei não podem, no exercício de suas funções, editar e aplicar leis que violem princípios constitucionais, valendo anotar, inclusive, que seria praticamente inviável descrever todas as hipóteses de ocorrência e consequências de um princípio.

2.2- O voto do Ministro Maurício Corrêa

O voto do Ministro Maurício Corrêa teve fundamental importância no desfecho do julgamento, pois inaugurou a divergência, denegando a ordem de Habeas Corpus e, portanto, influenciou os votos dos demais Ministros. O referido magistrado apresentou argumentos tanto de ordem jurídica, histórica e social para justificar o entendimento adotado. O Pretório Excelso, assentou naquele julgamento, que o legislador ordinário, ao determinar que o racismo, conforme conteúdo do artigo 1º da lei 7716/1989, representou na verdade, expressão máxima de verdadeira proteção insuficiente aos vulneráveis⁶.

O julgador rememorou o fato de que os judeus foram exterminados nos campos de concentração da Alemanha Nazista justamente por serem considerados uma raça inferior a raça ariana alemã. Importante lembrar, ainda no mesmo contexto histórico do holocausto alemão, que milhares de outros grupos sociais foram mortos pelos mesmos motivos de suposta inferioridade. Entre eles, estavam os homossexuais, cujo preconceito pode e deveria há tempos ser equiparado ao de negros e judeus.

Esse é o entendimento exposto a seguir:

A ideologia que preconiza a superioridade da raça branca é designada sob o termo "racismo"; a que promove a superioridade de um gênero em relação ao outro se chama "sexismo": O antissemitismo designa a opinião que justifica a inferiorização dos judeus, enquanto a xenofobia refere-se à antipatia diante dos estrangeiros.

⁶ [...] todo grupo social detentor de traços relativamente indelévels e cujos membros não poderiam por esse motivo fundir-se em uma população homogênea apta a gerar maiorias flexíveis e mutáveis. O pertencer étnico, a língua, a fidelidade às tradições religiosas ou culturais que não são partilhadas pela maioria da população, a orientação sexual são alguns exemplos de traços próprios de um grupo social e que podem isolá-lo [...] Nem todos esses traços são absolutamente indelévels, pode-se mudar de língua, de religião, escolher integrar-se ao modo de vida da população dominante, mas a questão é saber se é obrigado a fazê-lo, mais exatamente, se as leis adotadas pela maioria podem coagir ou incitar a isso. In: RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Trad. Edmir Missio. Rev. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Portanto, em função do sexo, da cor da pele, da filiação religiosa ou da origem étnica é que se instaura, tradicionalmente, um dispositivo intelectual e político de discriminação. O sistema a partir do qual uma sociedade organiza um tratamento segregacionista segundo a orientação sexual⁹ pode ser designado sob o termo geral de "heterossexismo": Esse sistema e a homofobia - compreendida como a consequência psicológica de uma representação social que, pelo fato de outorgar o monopólio da normalidade à heterossexualidade, fomenta o desdém em relação àquelas e àqueles que se afastam do modelo de referência - constituem as duas faces da mesma intolerância e, por conseguinte, merecem ser denunciados com o mesmo vigor utilizado contra o racismo ou o antissemitismo (BORRILLO, 2010, p.23)

O próprio Ministro discorreu nesse sentido em seu voto, cujo trecho é destacado abaixo:

Como afirmei quando do pedido de vista, revela-se essencial, na espécie, que se proceda a uma interpretação **teleológica e sistêmica da Carta Federal**, a fim de conjugá-la com circunstâncias **históricas, políticas e sociológicas**, para que se localize o **sentido da lei** para aplicá-la. Os vocábulos **raça e racismo não são suficientes, por si sós, para se determinar o alcance da norma**. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência. Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que **racismo, longe** de basear-se no conceito **simplista de raça**, reflete, na verdade, **reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas**. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto. Em elaboração manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje **condenadas pela legislação criminal**. (CORRÊA, 2004, pg. 05)

No mesmo sentido do voto do Ministro Maurício Corrêa, o Ministro Nelson Jobim, com expertise própria de quem participou como Deputado da Assembleia Nacional Constituinte, sobre qual o sentido do vocábulo racismo que pretendiam o Poder Constituinte originário exprimir. Esse é o entendimento:

A questão, portanto, é esta: as opiniões que pretendem produzir o ódio racial **contra judeus, contra negros, contra homossexuais**, devem, ou não, ser tratadas de forma diferente daquelas opiniões que causam ordinariamente **a ofensa ou a raiva**? Por óbvio, o ódio racial causa lesão ao objetivo de uma **política de igualdade, que é uma política democrática**. A igualdade, portanto, é precondição para a democracia (...). As opiniões consubstanciadas no **preconceito e no ódio racial não visam contribuir para nenhum debate inerente às deliberações democráticas para o qual surge a liberdade de opinião**. Não visam contribuir para nenhuma deliberação, não comunicam ideias que possam instruir o compromisso que preside a deliberação democrática. Os crimes de ódio não têm a intenção de transmitir ou receber comunicação alguma para qualquer tipo de deliberação. O objetivo, seguramente, é outro. Não está na base do compromisso do deliberar democrático. Quer, isto sim, impor condutas anti-igualitárias de extermínio, de ódio e de linchamento; desconhecer os lócus da liberdade de expressão e seu objetivo no processo democrático leva ao desastre; a miopia do

fundamentalismo histórico conduz ao absurdo. A liberdade de opinião na democracia é instrumental ao debate e à formação da vontade da maioria com respeito à minoria. No debate da Constituinte, registrado nos anais, **falava-se no negro, mas estavam lá os judeus, estavam lá os homossexuais e tivemos a oportunidade de discutir isso**. O Ministro Maurício Corrêa lembra que circularam dentro da elaboração Assembleia Constituinte todas aquelas minorias que poderiam ser objeto do racismo. Nunca se pretendeu, com o debate, **restringir ao negro**. Não há necessidade de trazer esse debate, porque a Assembleia Constituinte não vai restringir, no texto, ao negro, mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos **não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano 2000**. (JOBIM, 2004, pg. 04)

Cabe, por fim e como um dos argumentos mais fortes trazidos pelo Ministro Maurício Corrêa e encampado pelo parecer do professor Celso Lafer, cuja lembrança é importante para melhor compreensão do tema:

Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito de ‘raça’, como argumenta o impetrante, exprime não só uma seletividade que coloca em questão a universalidade, interdependência e inter- -relacionamento, que compõem a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmada, em nome do Brasil, pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena. Representa, sobretudo, reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro, o que não é aceitável como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, esta linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento *contrario sensu*, que cabe em matéria penal. Com efeito, levadas às últimas consequências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças (...). (LAFER, 2002, p.85)

Em contrapartida, o voto do Ministro Moreira Alves, relator do referido HC, deferiu a ordem de Habeas Corpus, adotando, em apertada síntese, o entendimento de que o editor não havia cometido o crime de racismo justamente pelos judeus não se constituir enquanto raça. Adotou uma posição muito ligada ao positivismo jurídico e restritiva de qual seria o sentido do crime de racismo dado pelo Constituinte originário. O voto do Ministro será melhor detalhado no item 2.5.2.

2.3- O voto do Ministro Moreira Alves

O Ministro Moreira Alves, apesar de ser famoso e importante nome do Direito Civil, deu contribuições significativas ao Direito Constitucional durante o período em que ocupou uma das vagas no Supremo Tribunal Federal.

Contudo, a posição de Moreira Alves é historicamente marcada pela defesa de uma interpretação da Constituição feita através de fortes traços do positivismo jurídico. Essa posição foi forte o bastante para que o seu período de exercício na função de ministro (1975-2003) fizesse que o Supremo Tribunal ficasse conhecido como a “Corte Moreira Alves”. Diante disso, é evidente que durante esse período, a Suprema Corte vivenciou uma fase de

contenção de sua atuação perante os demais poderes.

Isso ficou lastreado na posição conservadora que o Tribunal adotou durante anos, por exemplo, no papel que a ação constitucional do Mandado de Injunção deveria possuir no ordenamento jurídico brasileiro. Para a composição majoritária do Tribunal naquela época, cabia ao Supremo apenas comunicar a existência de determinada omissão inconstitucional ao órgão legislativo responsável por supri-la (teoria não concretista). Logo, foi retirado dessa importante ação constitucional o seu verdadeiro propósito, que era de efetivamente contribuir para que verdadeiras arbitrariedades fossem suprimidas da vida constitucional brasileira e, proporcionasse, efetiva tutela do estado dos direitos fundamentais do cidadão.

Esse é o entendimento demonstrado pelo professor Luís Roberto Barroso:

Nesse primeiro pronunciamento, a mera notificação oficial ao órgão omisso praticamente anulou as potencialidades dessa ação de controle de constitucionalidade difuso, na medida em que conferiu os mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CRFB), típico instrumento de controle concentrado de constitucionalidade por omissão. Na oportunidade, Moreira (1990, p. 11), em artigo jornalístico, apresentou severa crítica à orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, ao tornar célebre a máxima de que a decisão reduziu a inovação a um “sino sem badalo”. Portanto, no início de sua criação, o mandado de injunção não produziu efeitos: o STF apenas declarava a existência de uma omissão e comunicava o vício omissivo ao Poder Legislativo, que tinha a liberdade de editar ou não a norma e, conseqüentemente, o cidadão era privado de exercer seu direito por falta de norma regulamentadora. A crítica percuciente da doutrina e de tribunais inferiores evidenciou a inocuidade da adoção da teoria não concretista ao equiparar o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (BARROSO, 1993, p.7)

Evidente, portanto, que essa posição do Ministro também seria exposta no seu voto do Caso Ellwanger. Para ele, os judeus não poderiam ser considerados uma raça, pois não havia expreso na Lei de Racismo (7716/1989) descrição desse grupo como uma raça. Logo, o impetrante não poderia ser condenado pelo crime de racismo e a concessão da ordem de Habeas Corpus foi medida que se impunha, na opinião do Ministro.

Abaixo fica transcrito, em apertada síntese, os argumentos trazidos pelo Ministro:

O elemento histórico - que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele - converge para dar a “racismo” o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. Uma vez que a Constituição somente torna imprescritível o crime de racismo contra a “raça” negra e, como afirma Moreira Alves, os judeus não são uma “raça”, não há outra solução para o HC do que seu deferimento. Assim, o Ministro encerra seu voto: não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado. Na confirmação do voto, Moreira Alves reafirmou

os argumentos do seu voto, asseverando que o legislador, ao tornar o crime de racismo inafiançável, o fez somente em relação à “raça” negra, e que, além disso, os judeus não constituem uma raça. Por fim, disse que a imprescritibilidade é uma aberração em matéria penal (OLIVEIRA JÚNIOR, 2009, p.04)

Contudo, a posição do Ministro Moreira Alves restou vencida e o voto do Ministro Maurício Corrêa formou a corrente majoritária do julgamento. Diante disso, a influência desse caso no Mandado de Injunção nº 4733 é relevante, pois foi fundamento constante nos votos que permitiram o Tribunal Supremo fixar o entendimento que a homofobia pode ser enquadrada como crime de racismo.

CAPÍTULO III - ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MI nº 4733

A decisão ora posta em debate, em especial a emanada pelo Supremo Tribunal Federal em sede do Mandado de Injunção nº 4733, em apertada síntese, dividiu a corte em duas correntes: a de equiparação da homofobia ao racismo, enquanto não sobrevier lei específica criminalizando tal conduta e, por outro lado, a corrente minoritária que defendeu que não é possível ao Poder Judiciário criminalizar determinada conduta sem lei (em sentido estrito) para tanto, ou seja, sem respeito ao princípio da legalidade.

Um debate que também foi colocado nesse delicado tema, foi a discussão sobre realmente ser necessário criminalizar, de maneira específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas ou a legislação vigente no país, como a que determina a qualificadora do motivo fútil, no crime de homicídio, o crime de injúria, constrangimento ilegal, lesões corporais e estupro conseguem, satisfatoriamente e atendendo o postulado da *ultima ratio* do Direito Penal, abarcar as demandas do grupo LGBT.

A querela posta em análise, portanto, perpassa nos seguintes aspectos: a posição do Supremo Tribunal Federal respeitou ou não o postulado da intervenção mínima do Direito Penal, consagrou ou não o princípio da legalidade e, por fim, deu vigência ou não ao mandado de criminalização, previsto no texto Constitucional, contra todas as formas de discriminação, tendo já sido cumprido pela legislação penal que criminalizou o homicídio por motivo fútil, o estupro e a injúria, por exemplo. Seria, portanto, a decisão do Pretório Excelso inconstitucional, por supostamente ter ferido o princípio da legalidade e, sob o ponto de vista penal, desnecessária, diante da proteção atualmente existente aos bens jurídicos tutelados pela legislação penal quanto aos delitos contra à vida e a dignidade sexual?

Para responder essas indagações, mister é primeiro trazer alguns conceitos que

nortearam essa pesquisa, tais como: o do Direito Penal como *ultima ratio*, o conceito e abrangência dos mandamentos de criminalização de condutas discriminatórias, o porquê de o direito à orientação sexual ser expressão clara do exercício pleno da cidadania, definir se a legislação penal existente é capaz, de maneira satisfatória, atender a demanda da população LGBT e se a decisão do Supremo Tribunal, feriu ou não o postulado da legalidade e, independentemente disso, é escolha correta, sob o ponto de vista de política criminal, de atender os anseios da minoria social que atinge. Todos esses pontos serão analisados sob a ótica da ação constitucional do Mandado de Injunção e o seu cabimento ao caso em conteúdo.

Para Beatriz Corrêa Camargo, o Direito Penal deve ser pautado pela racionalidade e não apenas com o simples objetivo de proteção de determinando bem jurídico:

De acordo com o princípio da *ultima ratio*, a pena é uma **reação estatal**, cujo emprego somente se **faz legítimo quando outros meios fracassam**. Sua finalidade, em virtude da qual a eficiência dos meios à disposição é avaliada, é, conforme a opinião geral, a **proteção de bens jurídicos**. Essa concepção, entretanto, restringe de maneira **arbitrária a definição das tarefas do direito penal e dificulta, por conta dessa restrição, uma justificativa racional da pena**. A minha tese, que deverá ser fundamentada a seguir, em linhas gerais somente, é que a pena serve e pode servir apenas de forma **mediata à proteção de bens jurídicos**. O objeto imediato da proteção jurídico-penal é o bem jurídico-penal, isto é, um nível **suficiente de motivação fiel ao direito**. A proteção de bens jurídicos é promovida pelo bem jurídico-penal na medida em que o ponto de referência da motivação é o **reconhecimento tornado efetivo por meio da ação das normas que protegem bens jurídicos**. Se a pena puder realmente ser legitimada (de forma imediata) pela garantia do bem jurídico-penal, então não apenas o mal da pena, como também a reprovação ético-jurídica constitutiva do conceito de pena estarão legitimados. É legítimo somente o que é justo, de tal sorte que tanto o mal da pena quanto a reprovação jurídico-penal devam ser imperativos de uma justiça retributiva. A legitimação da pena baseia-se, em outras palavras, em uma concepção de justiça (criminal) política passível de ser **fundamentada racionalmente (grifos nossos)**. (CAMARGO, KINDHÄUSER, 2012, pg. 85)

Importante, perceber, portanto que o Direito Penal, pelo princípio da *ultima ratio*, atua sempre de maneira racional, visando não apenas a proteção pura e simples dos bens jurídicos, mas sim perante a efetiva necessidade de determinada pena. Logo, para alguns autores, a criminalização secundária da homofobia⁷ não é necessária, pois a aplicação de uma

⁷ O Estado Democrático de Direito, consagrou a junção dos princípios próprios do Estado Liberal e dos princípios inerentes ao Estado Social, traduzindo-se numa superação dos dois modelos. O Estado, nessa concepção, não é mais neutro e menos ainda o “inimigo dos direitos fundamentais”, todavia passa a ser presente na assistência desses próprios direitos, vistos, não só e sempre, como “direitos contra o Estado”, mas também “através do Estado”. Os mandamentos constitucionais criminalizadores são, tivemos oportunidade de assinalar, uma imposição constitucional de conteúdo que tanto restringe os processos de descriminalização como determina criminalizações e/ou recrudescem o tratamento penal. In: LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional – a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

jurisprudência sem preconceitos de qualquer espécie, é o suficiente para dar respostas aos casos que chegam cada vez mais nos tribunais, entre eles questões, provocam o Poder Judiciário apenas recentemente, como as pautas por direitos fundamentais da comunidade LGBT.

A partir dessas premissas, os mandamentos constitucionais de criminalização, também impõe um dever de legislar de maneira a coibir todas as formas atentatórias a dignidade da pessoa humana. Poderia, portanto, maiorias momentâneas impedirem por omissão que fossem criadas leis específicas para tutelar as pautas de movimentos sociais, como o movimento LGBT? Válido seria, portanto, sem lei em sentido estrito criminalizar as condutas homofóbicas? Válido fundamentar o Direito apenas em parâmetros estatais, sem analisar criticamente a sociedade que nos cerca?

Para Luigi Ferrajoli (2006), por exemplo, o mundo jurídico está em crise em razão da mudança de paradigmas de observação do fenômeno jurídico, pois não é mais aceitável um direito fundado somente em parâmetros estatais. Ao considerarmos somente esses parâmetros no plano interno, vê-se a incapacidade, cada vez mais patente, de o Estado de Bem-Estar suprir os problemas gerados, a partir da não aplicação efetiva dos direitos fundamentais, vistos a toda hora em nossos dias. Existe a lei, mas não se lhe aplica em tempo razoável, postergando seus efeitos na área cível e penal.

No plano externo, percebe-se uma tentativa de imposição de modelos econômicos que objetivando o rompimento, com a noção de território e de mercado, modificando consideravelmente a vida jurídico-política do Estado e da sociedade civil.

Apesar de tais constatações, a Teoria do Direito não consegue responder satisfatoriamente a tantas mudanças estruturais na mesma velocidade em que elas vêm surgindo e dando-lhes as soluções adequadas. Doutra lado, vem o positivismo tradicionalista que também não consegue dar vazão aos anseios de produção de direito extra Estado, que é um fato caracterizador de sociedades periféricas. Os atuais parâmetros adotados não correspondem, ou não vão de encontro com uma possível essência jurídica do caso concreto. A noção de direito encontra-se prejudicada em função do distanciamento do social. Observa-se, o direito não pode ser produto exclusivo do Estado, tendo nele sua única forma legítima de produção do fenômeno jurídico.

Dessa forma, se por um lado o Estado tem o “monopólio estatal da produção jurídica” e da mesma forma a predominância na respectiva aplicação, por outro lado é inegável o reconhecimento hodierno de um pluralismo de fontes jurídicas. A partir disso, segundo Ferrajoli (1998), cria-se uma divergência entre a normatividade e a efetividade, e o

garantismo seria a forma de fazer a junção entre elas. Há, portanto, uma necessidade de justificação externa do modelo garantista.

Essa teoria influencia o campo jurídico e na esfera política, minimizando a violência e ampliando a liberdade, a partir de um código de normas jurídicas que dá poder ao Estado para punir em troca da “garantia dos direitos dos cidadãos”. Logo, o sistema seria mais garantista quando conseguisse diminuir a distância existente entre o texto legal e a sua aplicação ao caso concreto/ao mundo empírico.

Finalmente, o autor estabelece bases conceituais e metodológicas do garantismo penal; todavia, observa-se que os pressupostos estabelecidos na seara penal servem de subsídios para uma teoria geral do garantismo, que se aplique, a todo o direito e seus respectivos ramos. São as leis penais, por exemplo, que nos dizem o que é “roubo” e o que é “homicídio” e condicionam, portanto, como normas substanciais sobre a sua produção, juntamente com a “verdade” das inclusões, a validade das decisões jurisdicionais que constituem sua aplicação”.

No caso da constante e anacrônica violência perpetrada contra os homossexuais no Brasil, vemos um verdadeiro distanciamento entre o constante nos textos legais e a sua aplicação prática.

O STF, nesse sentido, enquanto não houver no texto constitucional um mandado expresso de criminalização, por fazer parte do parâmetro de controle de constitucionalidade, impõe um dever positivo, tanto ao Estado legiferante quanto ao Estado julgador. A crítica mais contundente a decisão do Supremo Tribunal Federal, que teria desrespeitado o princípio da legalidade em matéria penal, não encontra guarida tanto na ordem interna quanto internacional, pois a criminalização de condutas descritas no artigo 5º, XLI, estão *prima facie* inseridas no ordenamento jurídico.

O caso Ellwanger e os inúmeros documentos internacionais assinados e ratificados pelo Brasil, tais como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965) e o Comitê criado para fiscalizar o cumprimento da convenção, o Comitê criado no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para observar a violação dos direitos LGBT. Ainda, mais especificamente ao tema aqui tratado, a Resolução n. 2435 da Organização dos Estados Americanos (OEA): “Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”, de 2008 (e suas continuações nas Assembleias posteriores), na qual o órgão diz que os Estados-parte têm obrigação de criar mecanismos específicos para prevenir, investigar e punir os crimes decorrentes de homotransfobia.

No mesmo sentido a “Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação

Racial e Formas Conexas de Intolerância” e a “Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância”, também da OEA (2013). No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) vale a menção, no mesmo sentido, do *Documento Born Free and Equal* (2012), geram obrigações específicas aos poderes brasileiros em criminalizar as condutas homotransfóbicas.

3.1- Cabimento do Mandado de Injunção ao caso: o direito à sexualidade enquanto expressão da cidadania

A ação constitucional do Mandado de Injunção está prevista no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal, cujo texto legal é o seguinte: “*Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”. (Grifos nossos).

No Mandado de Injunção nº 4733, a questão de fundo posta no *writ* é o respeito a uma das razões que fundam o ser humano enquanto ser social, dotado de direitos e deveres, que é o direito à sexualidade. É, portanto, em uma concepção ampla, umas das inúmeras facetas da cidadania e, diante disso, qualquer tipo de violação por omissão legislativo ou jurisdicional enseja a aplicação da injunção.

Esse é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos delineado a seguir:

A identidade de gênero é a **vivência interna e individual** do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o sexo designado no momento do nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo (que pode compreender – ou não – a mudança da aparência ou função corpora por meio de procedimentos médicos, cirúrgicos ou de outra índole, sempre que ela for livremente escolhida) e outras expressões de gênero, **incluindo a vestimenta, o modo de falar e as maneiras**. A identidade de gênero é um conceito amplo que cria espaço para a auto identificação, e que faz referência à vivência **que uma pessoa tem de seu próprio gênero**. Assim, a identidade de gênero e a sua expressão tomam muitas formas, algumas pessoas não se identificam nem como homens nem como mulheres, ou se identificam como ambos. (CIDH, 2017)

É importante, contudo, destacar qual é a natureza jurídica do mandado de injunção. Esta ação constitucional está inserida no rol de garantias fundamentais. Integra, na ordem constitucional brasileira, um conjunto de mecanismos legais aptos a combaterem as ilegalidades e abusos de poder cometidos tanto por ação quanto por omissão legislativa, judicial, administrativa ou judicial. Permite, também que os ditames da Constituição sejam observados como vértice do ordenamento jurídico.

O Mandado de Injunção é cabível somente quando houver falta de norma regulamentadora que inviabilize o livre exercício de determinado Direito Fundamental. Importante, antes disso, rememorar a classificação clássica das normas constitucionais elaboradas pelo professor José Afonso da Silva entre normas constitucionais de eficácia plena, limitada e contida.

É imprescindível, portanto, conceituar a relação entre aplicabilidade das normas constitucionais e a sua eficácia:

[...] Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarregados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade”. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos. [...] (SILVA, 2008, p.60)

Todas as normas constitucionais apresentam eficácia. Contudo, algumas possuem o que é possível dizer como incapazes de produzir eficácia social:

[...] Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam. [...]. Isto é: retira a eficácia da normatividade anterior. É eficaz juridicamente, embora não tenha sido aplicada concretamente. [...] (TEMER, 2008, p.23)

Nesse diapasão, as normas de eficácia plena são assim definidas:

[...] São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são autoaplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos. [...] (SILVA, 2008, p.60)

Porém, o conteúdo em que pode ser evocado o mandado de injunção é referente as normas de eficácia limitada, cuja posição no ordenamento jurídico, em virtudes de razões práticas, impedem a sua aplicabilidade imediata, necessitando muitas vezes de outro diploma legal para ser aplicada.

Assim se define:

de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente

sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia (...) não dirigidos ao valores-fins da norma, mas apenas certos valores-meios e condicionantes” (...) “aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte (SILVA, 2008, p.60)

Por fim, ainda existem as normas constitucionais de eficácia contida, que assim podem ser definidas:

[...] são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. [...]. [...] têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público, valendo dizer: consagradoras, em regra, de direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas, [...] constituem limitações a esses direitos e autonomias. (SILVA, 2008, p.61)

O Mandado de Injunção, portanto, é um dos instrumentos criados pelo constituinte originário na tentativa de criar mecanismos ao cidadão para combater a síndrome da ineficácia das normas constitucionais. Contudo, vigeu, durante muitos anos, entendimento de que este *writ* possuía apenas o condão de declarar a mora do Congresso Nacional em legislar sobre determinando matéria, em caráter não concretista, isto é o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, deverá apenas comunicar o Poder, órgão, entidade ou autoridade que está sendo omissa. Para os defensores desta posição, o Poder Judiciário, por conta do princípio da separação dos Poderes, não pode criar a norma que está faltando nem determinar a aplicação, por analogia, de outra que já exista e que regulamente situações parecidas.

Esse é o entendimento:

[...] se firmou no sentido de atribuir ao Mandado de Injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, ‘em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do Writ como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política. Sendo esse o conteúdo possível da decisão jurisdicional, não há falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, mas, tão-somente, deverá ser dada ciência ao poder competente para que edite a norma faltante. (MORAES, 2006, p.162)

Pelo exposto, é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal, por meio do Mandado de Injunção nº 4733, alterou de forma definitiva o entendimento lastreado pela teoria não concretista.

A edição da Lei 13.300/2016, regulamentou após quase 30 anos de vigência da

Constituição de 1988, o Mandado de Injunção e passou a adotar uma teoria concretista intermediária. Para esta corrente, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção e reconhecer que existe a omissão do Poder Público, deverá fornecer prazo razoável para que seja sanada a omissão. Caso assim não o faça, poderá o órgão julgador editar a norma que está faltando ou determinar que seja aplicada, ao caso concreto, uma já existente para outras situações análogas. É assim chamada porque o Poder Judiciário irá "concretizar" uma norma que será utilizada a fim de viabilizar o direito, liberdade ou prerrogativa que estava inviabilizada pela falta de regulamentação.

Uma vez lembrados esses conceitos básicos que serão mais bem detalhados nos itens seguintes, podemos perceber que é perfeitamente cabível, ao caso ora posto em análise, o uso Mandado de Injunção para sanar a omissão inconstitucional existente em criminalizar as condutas dotadas de homotransfobia.

A atual Constituição brasileira, foi pioneira na positivação de diversos Direitos nunca antes positivados, consagrando verdadeira tentativa de construção de um Estado Social, incluindo sujeitos constitucionais sempre vítimas do descaso e do esquecimento dos governantes, com fins na mudança da realidade social.

Esse novo texto constitucional, diante disso, passa a prever verdadeiros processos de consagração desses direitos, por meio de compromissos dirigentes. Considerado um dos fundadores dessa teoria, Canotilho, em trabalho de lavra de Gilberto Bercovici, expôs o papel que os textos constitucionais devem possuir:

A Constituição do Estado Democrático de Direito deixa de ser uma mera definidora de competências estatais. As prestações e fins do Estado positivados no corpo da Constituição e seus respectivos princípios são possibilidades de legitimação material da formação de um Estado. A coerência material da Constituição passa pela concretização dos fins e tarefas preceituadas em seu texto. Se o Estado constitucional democrático não se coaduna apenas com o "Estado de Direito formal e quer legitimar-se como Estado Social, surge o problema da Constituição dirigente, que passa pela questão da legitimação além dos limites formais do Estado de Direito, baseando-se também na transformação social. (BERCOVICI, 1999, p.17)

Lênio Streck, por sua vez, defende que o Judiciário deve se pautar não apenas as formalidades estabelecidas na Constituição, mas de maneira coerente com os princípios que ela estabelece:

É quando a liberdade de conformação do legislador, pródiga em discricionariedade no Estado-Liberal, passa a ser contestada por dois lados: de um lado, os textos constitucionais dirigentes, apontando para um dever de legislar em prol dos direitos fundamentais e sociais; de outro, o controle por parte dos tribunais, que passaram não somente a decidir acerca da forma procedimental da feitura das leis, mas acerca

de seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição. (STRECK, 2003, p.267)

A Constituição, em especial no seu artigo 5º, possui um rol meramente exemplificativo, de acordo com Santos (2015) baseados nos princípios e nos deveres explícitos e implícitos de legislar da Constituição ou aqueles Direitos previstos na ordem internacional. O Direito Constitucional e Internacional contemporâneos, a melhor proposta para dar eficácia aos direitos humanos perpassa na ideia de que os tratados de Direitos Humanos devem ser lidos à luz de uma hermenêutica emancipatória, sob aspecto de que, independentemente do quórum de aprovação de determinado tratado internacional, os mesmos deveriam ser recepcionados na ordem interna como normas de status constitucional, dando complementariedade e coerência ao ordenamento jurídico.

Este é o entendimento perfilhado pelo eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, o decano da Corte, Celso de Mello, que citando outros importantes autores sobre a temática, estabelece premissas básicas de interpretação dos Direitos Fundamentais no ordenamento pátrio. O entendimento do eminente magistrado é o seguinte:

Reconheço, no entanto, Senhora Presidente, que há expressivas lições doutrinárias – como aquelas ministradas por **AUGUSTO CANÇADO TRINDADE** (“Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris), **FLÁVIA PIOVESAN** (“Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva), **CELSO LAFER** (“A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais”, p. 16/18, 2005, Manole) e **VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI** (“Curso de Direito Internacional Público”, p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT), dentre outros eminentes autores – que sustentam, com sólida fundamentação teórica, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de **bloco de constitucionalidade**. (grifo nosso) (SANTOS, 2015, p.170)

Contudo, o entendimento majoritário e atualmente aplicado pelo Pretório Excelso, é a tese da supralegalidade, evocada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no mesmo Habeas Corpus de relatoria do Ministro Celso de Mello. No caso em testilha nesse presente trabalho, mesmo sob a ótica dessa teoria, não há razões fundantes na perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos em permitir que sejam toleradas homofóbicas contra qualquer cidadão. Observemos, sucintamente a que se refere a tese da supralegalidade explicada no Habeas Corpus nº 87.585-8:

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos **planos interno e internacional** tornou imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. Era necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. Como enfatiza Cançado Trindade, ‘a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central’. Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de **paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante**. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da **supremacia da Constituição** sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) **não** foi revogada pela adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n. 911, de 1º-10-1969**. Tendo em vista o caráter **supralegal** desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916. Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. (BRASIL, 2008)

O Mandado de Injunção nº 4733, portanto, representou importante reviravolta no papel que essa ação constitucional terá nos próximos anos nas garantias dos Direitos Fundamentais e como o direito à sexualidade representa, nos atuais moldes do constitucionalismo, expressão fundante da cidadania e, como tal, deve ser resguardada pelo Estado, conforme ADPF 132:

Essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional); V – esse mesmo e fundamental direito de explorar os potenciais da própria sexualidade tanto é exercitável no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa que o valha). Pouco importando, nesta última suposição, que o parceiro adulto seja do mesmo sexo, ou não, pois a situação jurídica em foco é de natureza potestativa (disponível, portanto) e de espectro funcional que só pode correr parêntese com a livre imaginação ou personalíssima alegria amorosa, que outra coisa não é senão a entrega do ser humano às suas próprias fantasias ou expectativas erótico-afetivas. A sós, ou em parceria, renove-se o juízo. É como dizer: se o corpo se divide em partes, tanto quanto a alma se divide em princípios, o Direito só tem uma coisa a fazer: tutelar a voluntária mescla de tais partes e princípios numa amorosa unidade. Que termina sendo a própria simbiose do corpo e da alma de pessoas que apenas desejam conciliar pelo modo mais solto e orgânico possível sua dualidade personativa em um sólido conjunto,

experimentando aquela nirvânica aritmética amorosa que Jean-Paul Sartre sintetizou na fórmula de que: na matemática do amor, um mais um... é igual a um. (BRASIL, 2011)

Fica, portanto, demonstrada o cabimento do Mandado de Injunção para tutelar os direitos inerentes à sexualidade, por serem estas expressões fundantes da cidadania. Nos itens seguintes, serão analisadas as razões dos votos das correntes majoritárias e minoritárias do julgamento, com o intuito de concluir se a decisão foi acertada ou não, sob a ótica do Direito Constitucional, Internacional e Penal.

3.2- Voto do Ministro Celso de Mello: a corrente majoritária

O voto do Ministro Celso de Mello, concorde com ele ou não, representou forte movimento de alteração do alcance do Mandado de Injunção no ordenamento jurídico. O Ministro, em voto de 155 páginas, pode ser resumido em algumas premissas básicas: a realidade de violência e intolerância perpetrada contra o grupo LGBT, rememorando toda a história desse movimento e as pautas que hoje lhe pertencem, lembrou o conceito de racismo, reafirmando posição que já havia manifestado no caso Ellwanger. Ou seja, de que o racismo é uma construção social e as condutas homofóbicas podem ser enquadradas como tal, firmou posição no sentido de não considerar violação ao princípio da legalidade penal a posição do STF de enquadrar a homofobia como racismo e trouxe no seu voto forte fundamentação dos compromissos assumidos pelo Brasil no campo internacional que agravaram ainda mais a omissão existente na questão ali debatida.

Para ele, parafraseando a filósofa Hannah Arendt, há uma verdadeira banalização do mal homofóbico e transfóbico, pois existem pessoas normais, que falaciosamente acham superiores as outras e, com isso, acreditam que possuem o direito de agredir, matar, ferir e afastar da vida social, aqueles que consideram inferiores pela simples condição de serem o que são.

Para o decano da Corte, é inaceitável a posição do Congresso Nacional de verdadeira omissão inconstitucional, conforme ADI 1.458-MC/DF:

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO – 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, 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, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público (...). (BRASIL, 2001)

Essa situação fica agravada quando fica evidenciado que, apesar dos inúmeros projetos de Lei existentes sobre a possibilidade de criminalização da homofobia, estes não avançam nas Comissões e no Plenário (tanto da Câmara de Deputados quanto do Senado Federal).

Maria Berenice Dias reafirma essa posição:

Inúmeros projetos de lei já foram apresentados. A tramitação é exasperantemente lenta. São arquivados, desarquivados, apensados, em um constante ir e vir. E, se o projeto não é votado e o relator não é reeleito, no final da legislatura, a proposição é arquivada e é preciso recomeçar todo um novo calvário para que seja desarquivada e apresentada por outro Relator. O PCL 122/2006, que visa criminalizar a homofobia, alterando a Lei 7.716/1986, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, foi aprovado pela Câmara dos Deputados. O Senado, porém, determinou o apensamento ao projeto de reforma do Código Penal. Ou seja, simplesmente morreu, ou foi assassinado, verdadeiro crime de ódio. (DIAS, 2020, p.41)

A promulgação da Constituição Federal em 1988 não conseguiu alterar situação de verdadeiro abandono histórico que o grupo populacional LGBT vivência desde os primórdios da colonização brasileira. O decano relembra esse fato e, reafirma mais uma vez, que após mais de 30 anos de efetivação do novo Texto Magno, a situação de violência e exceção vivida pouco se alterou. Esse é o entendimento:

As 'Ordenações' do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas, incluindo a morte, como já assinalavam, no século XV, as 'Ordenações Afonsinas'. A pena capital foi confirmada pelas leis posteriores, quando houve melhor sistematização e recrudescimento das regras penais. As 'Ordenações Manuelinas' (1514/1521) mantiveram a fogueira para os transgressores, equipararam o crime de sodomia ao de lesa-majestade, ou seja, quem cometesse um ato sodomítico sofreria as mesmas sanções de quem traisse a pessoa do rei ou o seu real estado, declarando que 'todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos [...], assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor'. Além disso, condenou seus filhos e descendentes à infâmia, proibindo-lhes a ocupação de cargos públicos, além de incitar a delação, prometendo um terço da fazenda dos acusados aos que apontassem culpados, 'em segredo ou em publico'. Aquele que soubesse de algum 'desviante' e não o delatasse, qualquer que fosse sua pessoa, teria todos os bens confiscados e seria degradado para sempre dos reinos e senhorios portugueses. Quanto aos parceiros dos sodomitas, o Código Manuelino previa que, em caso de delação, que culminasse na prisão do acusado, lhe fosse perdoada toda pena cível, 'e crime

contheuda nesta Ordenaçam; (...). As disposições ali registradas valiam tanto para os que pecaram antes de sua promulgação quanto para os que, porventura, cometessem o dito crime dali em diante. As regras valiam também para a sodomia feminina, que, a partir de então, passou a configurar-se como um crime julgado pelas ordenações régias. (...). (GOMES, 2010, p.59)

Para o decano, importante frisar que não houve violação ao princípio da legalidade, mas sim interpretação conforme a Constituição⁸ ao enquadrar as práticas homofóbicas ao racismo. A posição do Ministro encontra guarida no posicionamento de outros juristas da área penal, como Guilherme de Sousa Nucci:

É constitucionalmente lícito proceder-se, mediante interpretação conforme, ao enquadramento dos atos homofóbicos e transfóbicos no conceito de racismo, em ordem a prevenir e a reprimir comportamentos que objetivam excluir e marginalizar, no contexto das práticas sociais e do sistema jurídico, um determinado grupo identificado não por sua configuração física ou étnica, mas, sim, por um conjunto de ideais, valores e condutas que se revelam comuns aos integrantes daquela mesma comunidade. As manifestações de preconceito traduzem uma compreensão equivocada dos fenômenos existenciais, apoiada em opiniões e crenças formadas sem o necessário e adequado conhecimento dos fatos, acolhida por um determinado grupo social que nutre e fomenta a perpetuação de tais ideias opondo-se a qualquer possibilidade de refutação ou diálogo assentado em bases racionais. 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. (NUCCI, 2014, p.305)

Essa foi, em apertada síntese, a corrente majoritária do julgamento, que ao final foi assim ementado:

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso

⁸ J. J. G. Canotilho aponta alguma das características da interpretação conforme a Constituição: prevalência da Constituição, isto é, deve-se preferir a interpretação não contrária à Constituição; conservação das normas, ou seja, percebendo o intérprete que uma lei pode ser interpretada em conformidade com a Constituição, ele deve assim aplicá-la para evitar a sua não continuidade, exclusão da interpretação *contra legem*, portanto, o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição; deve respeitar o espaço de interpretação, ou seja, só se admite a interpretação conforme a Constituição se existir um espaço de decisão e, dentre as várias a que se chegar, deverá ser aplicada aquela em conformidade com a Constituição; rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais, que na prática obriga o intérprete, uma vez realizada a sua interpretação e o juiz chega a um resultado contrário a Constituição, este deverá declarar a inconstitucionalidade da norma, proibindo a sua correção contra a Constituição e a proibição do intérprete de atuar como legislador positivo, isto é, quando pelo processo de Hermenêuticas obtiver uma regra nova e distinta daquela objetiva pelo legislador e com ela contraditória, em seu sentido literal ou objetivo, deve o intérprete afastar a sua aplicação. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, DL 2003.

Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental. (BRASIL, 2019)

A corrente minoritária, por sua vez, conforme será detalhada no item 4.3, embora reconhecesse a mora do Congresso Nacional em criminalizar as condutas homofóbicas e transfóbicas, não equiparou essas condutas ao crime de racismo, por defenderem que somente lei em sentido estrito poderia criar um tipo penal.

3.3-Voto do Ministro Ricardo Lewandowski: a corrente minoritária

A corrente minoritária, inaugurada pelo ministro Ricardo Lewandowski, dividiu sua fundamentação em dois aspectos principais: reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso em criminalizar especificadamente a homofobia, e o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal não poderia, em sede de interpretação conforme à Constituição equiparar as condutas homofóbicas ao racismo, pois seria competência privativa do Legislativo tipificar crimes.

O Ministro, muito embora reconheça os direitos dos homossexuais, inclusive quanto ao reconhecimento da condição de desigualdade que os LGBTs vivem constantemente, inclusive com posição extremamente conservadora do Congresso Nacional em não apenas criminalizar a homofobia, mas também criar políticas públicas eficazes para combater a gritante desigualdade, com fins a realizar o direito à felicidade.

Esse é o entendimento exarado a seguir:

O nexo existente entre a experiência de reconhecimento e a relação consigo próprio resulta da estrutura intersubjetiva da identidade pessoal: os indivíduos se constituem como pessoas unicamente porque, da perspectiva dos outros que assentem ou encorajam, aprendem a se referir a si mesmos como seres a que cabem determinadas propriedades ou capacidades. A extensão dessas propriedades e, por conseguinte, o grau de autorrealização positiva crescem com cada nova forma de reconhecimento, a qual o indivíduo pode referir a si mesmo como sujeito: desse modo, está inscrita na experiência do amor a possibilidade da autoconfiança, na experiência do reconhecimento jurídico, a do autorrespeito e, por fim, na experiência da solidariedade, a da autoestima. (HONNETH, 2015, p. 269)

Para o Ministro, com o advento da Supremacia da Constituição, os tribunais passaram a ser sensíveis as demandas dos mais variados grupos sociais, entre eles os dos LGBTs. A Constituição, portanto, ao estatuir o mandamento constitucional de criminalização, apostou

no caráter simbólico da pena, para dar maior proteção aos indivíduos que fujam da heteronormatividade e cisnormatividade. Ainda destacou, para confirmar sua posição em declarar a mora do Congresso Nacional, que embora exista um projeto de Lei nesse sentido aprovado na Câmara dos Deputados, o Senado Federal nunca pautou a temática presente no projeto de Lei 122/2006.

Para o magistrado, contudo, somente lei em sentido formal e estrito poderia tipificar as condutas homofóbicas, conforme lição doutrinária rememorada abaixo:

[...] no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade (*'lex populi'* e *'lex praevia'*, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida (...) (MAZZUOLI, 2008, p.19)

Independentemente da corrente e dos argumentos adotados pelos Ministros, ficou demonstrado que o conservadorismo do Congresso Nacional vem impedindo há décadas, não apenas a criminalização de condutas homofóbicas, mas também do livre exercício dos direitos fundamentais da comunidade LGBT. O fundamentalismo religioso que rege boa parte dos parlamentares, de acordo com Paulo Iotti (2020), impede que sejam construídas políticas públicas adequadas e que garantam o desenvolvimento harmônico dessas pessoas na sociedade, simplesmente por serem quem são. É tolhida a cidadania em nome do preconceito. Logo, diante disso, o Poder Judiciário não mais poderia coadunar com o retrocesso.

No item 5, será analisado sob a ótica do Direito Penal, se a decisão do Supremo foi acertada e, logo após, o desenvolvimento doutrinário em torno das correntes do Mandado de Injunção em relação a seus efeitos e como o Mandado de Injunção nº 4733 alterou, em definitivo, a posição do Tribunal Supremo em relação ao tema.

CAPÍTULO IV - EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA EM TORNO DAS CORRENTES DO MANDADO DE INJUNÇÃO EM RELAÇÃO AOS SEUS EFEITOS: POSIÇÃO CONCRETISTA, NÃO CONCRETISTA E CONCRETISTA INTERMEDIÁRIA

4.1-A teoria não concretista: sua inadequação aos ditames da Constituição de 1988

A doutrina pátria, em relação aos efeitos do Mandado de Injunção concentra-se em três teorias principais: a não concretista, a concretista intermediária e a concretista geral. Neste tópico será abordada com mais detalhes a teoria não concretista e os porquês da sua inadequação com o texto constitucional de 1988.

A teoria não concretista, portanto, pode ser definida como aquela em que o Tribunal apenas possui a competência para declarar a mora de outro poder na sua competência legiferante, reconhecendo expressamente (e apenas isso) a omissão, comunicando o órgão competente para que haja o suprimento dessa situação, sob o argumento que o Poder Judiciário, pelo postulado da separação de poderes, não poderia atuar como legislador positivo e usurpar competência típica do Poder Legislativo.

Essa visão permaneceu dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, principalmente após o precedente do Mandado de Injunção nº 107, impossibilitando ao Judiciário impor um *facere* aos poderes omissos. Por esses motivos, críticas doutrinárias sobre a utilidade do instituto surgiram, como a expressada por Luís Roberto Barroso (1997), que considerava que a promessa do instituto de dar efetividade aos Direitos Fundamentais não encontrava respaldo com a jurisprudência do STF que vigorou durante os anos 1990.

O Mandado de Injunção nº. 107 foi paradigmático na adoção da teoria não concretista, resumida no voto do Ministro Moreira Alves:

A Constituição partiu da premissa de que, com a procedência da ação direta ou do mandado de injunção, O poder competente, declarada a inconstitucionalidade de sua omissão, não persistirá em sua atitude omissa. E bem ou mal, contentou-se com essa eficácia. Ao STF, a que precipuamente incumbe a guarda dessa constituição, não é dado, sem qualquer apoio em elementos interpretativos sólidos, desconsiderar essa eficácia, para, com base nessa desconsideração, ter como inócuo o mandado de injunção e atribuir-lhe efeitos que, como se demonstrou, não se coadunam com o sistema dessa mesma Constituição [...] Portanto, em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direitos, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), com a determinação, se for o caso da suspensão de processos judiciais ou administrativos referida no final do item anterior deste voto. (BRASIL, 1997, pg. 47)

O próprio Barroso alterou as suas críticas com a virada jurisprudencial ocorrida no julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, nº 708 e nº 712, cujo entendimento encontra-se abaixo ilustrado:

Com essa decisão, o STF finalmente diferenciou, no que concerne aos efeitos, o Mandado de Injunção e a ação direta de inconstitucionalidade de omissão, conferindo ao primeiro a potencialidade de afastar, desde logo, a omissão inconstitucional. Trata-se de um avanço capaz de retirar do limbo o Mandado de Injunção, sobretudo pelo fato de o STF ter admitido a possibilidade de dar à decisão eficácia *erga omnes*, a despeito da inexistência de previsão legal ou constitucional nesse sentido (BARROSO, 2012, p.177).

Lênio Streck (1999) também acompanha as críticas proferidas por Barroso em relação a teoria não concretista, ao não autorizar que o Judiciário exerça papel garantidor dos Direitos Fundamentais. O Ministro Marco Aurélio possui posição semelhante, conforme expõe o trecho seguinte:

De acordo o Ministro, há de se conjugar o inciso LXXI do artigo 5º da CF/88 com o § 1º do mesmo artigo, a dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais constantes da CF/88 têm aplicação imediata. A inserção do MI buscou tornar concreta, tornar viva a CF/88. Logo, para ele, não se há de confundir a atuação no julgamento do MI com atividade do legislador. “Ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania”. (CARVALHO,2015, p.71)

À vista disso, adotava-se o critério da subsidiariedade, no qual apenas era declarada a mora do Poder responsável pela edição de determinada lei, equiparando o Mandado de Injunção a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e, portanto, enfraquecendo frontalmente o writ previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988. Enfrentava-se um problema de omissão de uma norma de eficácia limitada com uma decisão também limitada por uma interpretação equivocada da importância da referida ação constitucional.

Hely Lopes Meirelles foi adepto da teoria não concretista:

[...] não poderá a Justiça legislar pelo Congresso Nacional, mesmo porque a Constituição manteve a independência dos Poderes (art. 2º). Em vista disso, o Judiciário decidirá o mandado de injunção, ordenando à autoridade impetrada que tome as providências cabíveis, fixando-lhe um prazo, se necessário. Essa decisão não fará coisa julgada erga omnes, mas apenas inter partes. Somente a norma regulamentadora, expedida pela autoridade impetrada, terá aquele efeito, cessando, com isso, a competência do judiciário (MEIRELLES, 2009, p. 294)

Na prática, ao dar essa interpretação ao Mandado de Injunção, o STF tornava esse importante remédio constitucional inócuo e deixava a população desprotegida quanto as omissões inconstitucionais. Por outro lado, o próprio Tribunal passou a adotar a posição concretista intermediária, correspondendo a posição do Ministro Néri da Silveira, na qual o Judiciário fixará ao órgão omissor prazo específico para elaborar a norma regulamentadora. Acabando tal prazo e permanecendo a inércia, o direito passaria a ser assegurado para todos (geral), para grupo, classe ou categoria (coletivo) ou apenas para o impetrante, pessoa natural ou jurídica (individual).

O legislador, por sua vez, adotou a teoria concretista intermediária e o STF no Mandado de Injunção nº 4733 adotou a teoria concretista geral. Essas questões serão

trabalhadas nos itens seguintes.

4.1.3-A teoria concretista intermediária: a opção do legislador ordinário na Lei nº 13300/2016

A Lei nº 13.300/2016 veio finalmente, em seu artigo 8º e 9º definir, a predileção do legislador pela teoria concretista intermediária. A teoria concretista intermediária, foi adotada pelo artigo 8º da Lei 13.300/2016:

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:
 I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
 II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.
 Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

O Ministro Edson Fachin (2019), no seu voto no Mandado de Injunção nº 4733, afirmou como uma das *ratio decidendi* de sua decisão que o artigo 8º da Lei nº 13300/2016 permite ao STF admitir regulamentação provisória de temas relacionadas as omissões inconstitucionais, sob a possibilidade de o STF ver a sua obrigação de proteger a integridade do Direito e da Constituição prejudicadas. Outrossim, a omissão legislativa poderia estar acompanhada da omissão judicial e geraria verdadeira escalonamento de opressões em descompasso com o dever do judiciário em garantir a dignidade como direito à diferença.

A teoria concretista intermediária, portanto, aparenta ser coerente e equilibrada com o verdadeiro processo da Constituição enquanto instrumento vivo e adaptável a complexidade e diversidade que a sociedade brasileira possui. Essa teoria diferencia-se em relação a teoria não concretista devido ao fato do Judiciário determinar inicialmente um prazo hábil para que o respectivo legislador competente para sanar a omissão inconstitucional. Destarte, uma vez não realizado, poderia o Judiciário impor contorno provisório para solucionar a questão e garantir o Direito Fundamental ao impetrante.

Assim, de acordo com Alexandre de Moraes:

Pela segunda, concretista individual intermediária, posição idealizada pelo Ministro Néri da Silveira, após julgar a procedência do mandado de injunção, fixa ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora. Ao término desse prazo, se a inércia permanecer o Poder Judiciário deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor. (MORAES, 2005, p.159)

A regra geral, portanto, da Lei nº 13.300/2016 estatui que a decisão do Mandado de Injunção possui apenas eficácia entre as partes, porém com exceções previstas no artigo 9º

da referida lei, cujo texto seguir o reproduz:

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia **ultra partes** ou **erga omnes** à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

§ 3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.

Outrossim, o texto legal estabelece a possibilidade de extensão dos efeitos do Mandado de Injunção individual em coletivo, em efetivo processo de efetividade da Constituição, em termos dirigentes:

O mandado de injunção é uma ação de controle de constitucionalidade incidental ou concreta da omissão estatal no cumprimento de seus deveres. Se a ideia é a aplicabilidade imediata desses direitos (artigo 5º, §1º da CF/1988), a decisão do writ não pode ter também, eficácia limitada seja como mera declaração de omissão e ciência ao órgão ou autoridade responsável, seja com estipulação de prazo para que o responsável cumpra seu dever (permanecendo a inércia, deve o indivíduo buscar no Judiciário pela segunda vez a sua pretensão, na instância ordinária) (SÁ, SILVA, 2012, p.118).

Pelo exposto, a teoria concretista intermediária ainda não é a mais adequada para a complexa realidade constitucional brasileira, que exige atuação ativa e independente do poder Judiciário para suprir as lacunas deixadas pelo legislador em relação a proteção dos Direitos Fundamentais do cidadão, sob pena de configurar a homofobia como um preconceito de menor valor social. Por outro lado, evidente que a criminalização dessas condutas não gerará, por si só, a conscientização ou a tolerância entre os diferentes, conforme se depreende abaixo:

Neste sentido, Piovesan (2009) destaca que a implementação da igualdade passa por duas vertentes: o combate à discriminação, por meio de um comportamento estatal repressivo à exclusão, e a promoção da igualdade, efetivada por medidas positivas e promocionais de inclusão e compensação. Assim, as duas facetas devem estar sempre associadas, sendo insuficiente que o Estado contemple exclusivamente uma destas. Por óbvio, a proibição da exclusão, isto é, a criminalização da homofobia, não gera ipso facto a inclusão, que deverá ser buscada de outras maneiras. Por conseguinte, tem-se que o tema ora analisado, embora importante, está afeito a apenas uma destas dimensões, sendo necessária a adoção de medidas complementares para uma efetiva garantia da igualdade e cidadania das minorias sexuais (FREIRE, CARDINALE, 2012, p.1).

Porém, no item seguinte, será detalhado como o STF adotou na decisão do Mandado

de Injunção nº 4733 a teoria concretista geral como forma de tutelar o direito da população LGBTQI+.

4.1.3-A teoria concretista geral: posição adotada pelo STF no Mandado de Injunção nº 4733

No Mandado de Injunção nº 4733, o Supremo Tribunal Federal adotou a teoria da posição concretista direta, muito embora a disposição da Lei nº 13300/2016 adote a teoria concretista intermediária. Assim o fez, devido ao fato de o próprio Tribunal ter estipulado decisão “provisória” até que o Congresso sane a sua flagrante omissão, ao equiparar as condutas ditas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo.

A partir do exposto, será discutido por meio de breves comentários sobre o voto de alguns dos Ministros do Supremo Tribunal Federal com o intuito de comprovar que a decisão emanada pela Suprema Corte adotou de maneira incisiva a teoria concretista geral. Os votos serão expostos na seguinte sequência: Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux.

O Ministro Celso de Mello, em sua sétima *ratio decidendi* do voto no Mandado de Injunção nº 4733, ao analisar as possibilidades de colmatação do vácuo legal rechaçou de maneira inequívoca a teoria não concretista e a concretista intermediária. A primeira teoria por seu total inefetividade e inocuidade. Outrossim, a estipulação de um prazo razoável para que o Congresso Nacional cumpra o seu dever constitucional de legislar não gerou na prática uma imposição para legislar, mas apenas um parâmetro de tempo. Nesse sentido, portanto, a Corte Constitucional possui legitimidade para trazer solução jurídica adequada ao tema, por meio da técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição (em posição concretista), conforme se assevera a seguir:

Assim, continuou o Ministro Celso de Mello, se o Legislativo, apesar de cientificado pelo STF de sua mora inconstitucional, deixar de adotar providências cabíveis, legitimado está o STF para trazer a solução jurisprudencial para o problema de normas de eficácia limitada, como no caso da greve do serviço público civil, com a aplicação da Lei da Greve Privada (MI 670,708 E 712) (IOTTI,2020, p.78).

O Ministro Edson Fachin, adotou também posição concretista ao acompanhar o voto do Ministro Celso de Mello. Ele destacou, na sua sexta *ratio decidendi* que o artigo 8º da Lei nº 13.300/2016 determina a declaração da mora inconstitucional do Poder Legislativo para aprovar a norma regulamentadora. Todavia, o plenário do STF vem admitindo há alguns anos a regulamentação provisória de temas para que as vítimas das omissões possam ter os seus direitos assegurados, sob pena de nefasta obsolescência dos Direitos Fundamentais e

hierarquização de discriminações por parte do Poder Legislativo.

O Ministro avança em seu voto, estabelecendo de maneira clara em sua sétima *ratio decidendi*, que o STF não deveria limitar a declarar apenas a mora do Congresso Nacional (teoria não concretista) e ratificando o voto do Ministro Celso, consagrou que o racismo social afirmado no HC nº 82424/RS é apto a abarcar, por subsunção, a homotransfobia. Diante disso, é a proteção penal necessária ao caso para que os direitos e liberdades constitucionais não se tornem inviáveis (em pleno aspecto concretista do Mandado de Injunção).

Conforme se assevera a seguir, a posição do Ministro Fachin foi ao encontro da posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao assentar que o ódio a comunidade LGBTQI+, muitas vezes advém das próprias autoridades públicas, responsáveis originárias pela colmatação das lacunas legais existentes sobre a temática:

(...) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu informações relativas ao uso de expressões estigmatizante e intolerantes pelo Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara de Deputados do Brasil em 2013. De acordo com as informações recebidas, ele indicou publicamente que as pessoas LGBT “querem impor uma ditadura gay no país, a fim de expulsar Deus do Brasil” e que a “putrefação de sentimentos gays levam ao ódio, crime e rejeição (FACHIN,2019, p.7)

O voto do Ministro Alexandre de Moraes, rememorou que os Poderes da República são complementares em relação a democracia e o respeito ao Estado Democrático de Direito. Outrossim, em sua quarta *ratio decidendi*, o Ministro consignou expressamente que a omissão inconstitucional é clara quando o legislador opta por proteger penalmente inúmeras outras minorias e, por razões alhures aos destinatários da proteção penal, simplesmente não criminalizam as condutas homotransfóbicas.

Logo, o Ministro Alexandre aponta (novamente aponta para a teoria concretista geral) que é dever do STF colmatar efetivamente essa lacuna e compatibilizar a Lei nº 7716/1989 com o combate a homotransfobia (teoria concretista):

Na presente hipótese, conseqüentemente, está presente o necessário “espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas”, uma vez que a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade; mas estende a proibição a quaisquer outras formas de discriminação, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e efetivada pela aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entre elas, os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição

Federal(MORAES,2019,p.43).

O voto do Ministro Barroso, referendou fundamento expresso no voto do Ministro Alexandre de Moraes e Fachin, a obrigação das decisões dos tribunais serem pautadas pelo dever de coerência e integridade na proteção penal dos grupos vulneráveis. Diante dessa premissa básica, em sua quinta *ratio decidendi* o Ministro atribuiu interpretação conforme a Constituição aos crimes raciais para abarcar a homotransfobia, até que o Congresso Nacional edite lei específica sobre o tema. Além disso, frisou que não é a decisão emanada pela STF sentença aditiva e que não correu analogia “in malam partem”.

Destarte, que para Barroso, além dos papéis clássicos da Suprema Corte, ou seja, a função contramajoritária e o representativo, o STF deve em algumas questões (de maneira excepcional) apresentar um forte papel iluminista, no qual a Corte deva empurrar a História, mesmo contra vontades majoritárias, em prol de um indispensável avanço civilizatório. Para tanto, a adoção da teoria concretista mostra-se indispensável ao caso em comento:

A atribuição de eficácia geral à disciplina temporária assim instituída confere racionalidade ao sistema e tutela a isonomia, evitando que situações semelhantes recebam tratamentos distintos por motivos diversos. Em segundo lugar, veja-se que os poderes constituídos em geral, incluindo o legislador, estão submetidos à Constituição. No caso, o principal fator de legitimação da atuação do Judiciário é a omissão de outro Poder, que tinha como efeito a paralisação da eficácia de normas constitucionais. (BARROSO, 2012, p. 148)

O voto da Ministra Rosa Weber acompanhou os demais no sentido de dar interpretação conforme a Constituição e concretamente substituir a lacuna inconstitucional até que o Congresso Nacional edite lei específica que criminalize as condutas homotransfóbicas. A Ministra consignou que o HC nº 82.424/RS é precedente norteador do presente caso, nos seguintes termos:

Aduziu a Min. Rosa Weber que o precedente do HC 82.421/RS é o norte desse julgamento. Naquele caso, o STF interpretou o sentido e alcance do conceito constitucional de racismo, a incidência do tipo penal ainda que não assinalável a raça na sua acepção biológica, para abarcar discursos antissemitas como racistas. Nesse sentido, afirmou que o racismo tem sentido antropológico e sociológico, não biológico. Reiterou a fala do Min. Maurício Corrêa no citado precedente, no sentido de que não vale o que pensamos sobre um grupo social constitui ou não uma raça, devendo-se a partir da conduta de quem promove o preconceito e discrimina o grupo discriminado como fosse uma raça apartada, segregando-o. Destacou o caráter primoroso voto do Min. Celso de Mello na ampliação conceitual do conceito jurídico-constitucional de racismo, no sentido de ultrapassar o sentido puramente biológico para abarcar o antropológico e o social. Nesse sentido, entendeu que o próprio conceito jurídico-constitucional de racismo abarca a discriminação em gênero e orientação sexual (homofobia e transfobia), o que é de todo compatível com o precedente citado, inclusive pelo princípio da máxima efetividade dos Direitos Fundamentais (IOTTI,2020, p.112)

O voto do Ministro Fux apresenta alguns elementos que ficaram destacados no enfrentamento da questão, pois para ele existe um verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional em relação à homofobia no Brasil. Na conclusão do seu voto, estatuiu que o Mandado de Injunção não mais demanda mera exortação do Parlamento, mas exige medida concreta até ser substituída por lei superveniente, abrangendo a homofobia no crime de racismo.

O Ministro entendeu, diante disso, que a Judicialização era medida que se impunha diante da flagrante omissão do Congresso Nacional e da elevada possibilidade de veto por parte do poder Executivo, devendo a Jurisdição Constitucional se impor para a garantia da tutela da pessoa humana.

Daniel Sarmento apresenta posição que coaduna com a posição majoritária do STF em adotar, de maneira concretista, baseada em deveres explícitos na Constituição e nos Tratados Internacionais:

É que as normas constantes nesses tratados se integram à ordem jurídica brasileira com plena força normativa, tão logo incorporadas internamente. A sua eficácia no direito interno depende apenas da observância dos procedimentos previstos na Constituição para internalização dos tratados: celebração pelo Presidente da República, aprovação pelo Congresso Nacional por decreto legislativo, promulgação por decreto presidencial.²⁵ Não há, portanto, necessidade de reiteração do teor das normas constantes nesses tratados pelo legislador infraconstitucional, para que elas se tornem eficazes e produzam efeitos na ordem jurídica brasileira. No presente caso, assume relevo especial a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 27/92 e promulgada pelo Decreto nº 678/92, a Convenção Interamericana consagra, em seu artigo 1.1, o princípio da não discriminação, garantindo o livre e pleno exercício dos direitos e liberdades nela assegurados “sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”(SARMENTO,2018,p.21)

Para o referido autor, qualquer ser humano possui o direito ao reconhecimento, em exegese dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido:

É possível falar em um direito fundamental ao reconhecimento, que é um direito ao igual respeito da identidade pessoal. Trata-se de um direito que tem tanto uma faceta negativa como outra positiva. Em sua faceta negativa, ele veda as práticas que desrespeitem as pessoas em sua identidade, estigmatizando-as. Na dimensão positiva, ele impõe ao Estado a adoção de medidas voltadas ao combate dessas práticas e à superação dos estigmas existentes (SARMENTO,2018, p.257)

Tendo em vista os aspectos observados, é possível afirmar que o plenário do STF condenou de maneira incisiva a omissão do Congresso Nacional em criminalizar as condutas homotransfóbicas de maneira específica. Outrossim, pelo exposto, afirma-se que o Tribunal Supremo consolidou a adoção da teoria concretista geral na análise da ação constitucional do

Mandado de Injunção, em processo de afirmação da supremacia constitucional e da tutela da pessoa humana (tanto em âmbito interno quanto internacional).

4.2- Criminalização da homofobia pelo STF: o princípio da legalidade e os mandados de criminalização

Para ser analisado o devido alcance da decisão do Supremo Tribunal no Mandado de Injunção nº 4733, será utilizado dois artigos de autoria dos professores Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, com uma posição mais favorável a decisão e o artigo do professor Eric Baracho Dore Fernandes, com posição mais crítica a decisão do Tribunal.

Para o professor Cattoni, a decisão merece guarida no ordenamento jurídico pelos seguintes fundamentos jurídicos: a Constituição, por ser um projeto aberto, plural e inclusivo, com fins de dar concretude a dignidade da pessoa humana. Logo, o projeto constitucional brasileiro deve ser sempre aberto a inclusão de novos Direitos constitucionais que anteriormente não possuíam condições de verem seus direitos resguardados.

A falta de sentido jurídico nas críticas engendradas a decisão da Corte, que seria proibida de criminalizar condutas que não passaram pelo crivo do Legislativo. No caso em tela, para o autor, o STF não criminalizou condutas, porém se limitou a dar interpretação, conforme ao objetivo do legislador constituinte originário em criminalizar as práticas racistas e, diante da necessidade de integridade e coerência do Direito e das decisões judiciais, como ocorreu no HC nº 82.424, o Supremo Tribunal já havia decidido que o racismo é uma construção social e, como tal, não é restrita aos negros, judeus ou homossexuais, mas sim a qualquer grupo que porventura venham a sofrer qualquer tipo de discriminação.

Diante disso, o referido professor defende que não houve desvio do princípio da legalidade em matéria penal. Esse é o entendimento:

No caso da homotransfobia tais condutas já se encontram tipificadas pelo ordenamento jurídico. Não podemos nos esquecer que o direito não é apenas um sistema de regras, mas contém em si mesmo um caráter principiológico, exibindo suas próprias ambições na qual há um direito superior, no interior e para além do direito positivo, por meio do qual o direito positivo se desenvolve. Não é à toa que o direito exige integridade e coerência interpretativa. O HC. 82.424 marca, então, não apenas um precedente importante no campo da jurisdição constitucional, mas uma ruptura com o modelo de regras e a adoção de um modelo principiológico de interpretação na qual o Direito seja um sistema tal que garanta integridade por parte do legislador e do juiz, que devem atuar de forma a tornar o sistema coerente. A referência à integridade visa dar eficiência e coerência interna ao Direito através do uso dos princípios como normas jurídicas. Daí que uma comunidade que aceita ser governada por princípios (comunidade de princípios) e não apenas por regras dadas por “decisões políticas tomadas no passado” (comunidade de regras) exige que os juízes, na medida do possível, “tratem nosso atual sistema de normas

públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. (CATTONI DE OLIVEIRA, BAHIA, SILVA 2019, p. 1)

Além desses argumentos, o professor traz aspectos dos críticos a decisão do Mandado de Injunção nº 4733, relacionados a política criminal. Para estes, a decisão será inócua no combate à discriminação, pois a simples criminalização de condutas não é o bastante para evitar que determinando crime ocorra. O autor, contudo, embora concorde que o Direito Penal deve obedecer ao princípio da *ultima ratio*, inviabilizar a criminalização dessas condutas e somente auxilia a perpetuação da discriminação, da violência e do descaso das autoridades perante esse grupo tão esquecido na sociedade. A violência, portanto, sem a proteção, ainda que diminuta, do Direito Penal, apenas legitima perante o Estado a violência.

Logo, os argumentos de ordem política criminal não poderiam em hipótese alguma, sobrepor a triste e violenta realidade de discriminação e violência. Ao reconhecer, por meio de instrumentos legais, que essas pessoas são cidadãos como qualquer outra, traz legitimidade a suas pautas e criam mecanismos eficazes para dar concretude aos seus Direitos.

O autor crítica também os argumentos trazidos de que criminalizar a homofobia nos moldes do racismo, seria utilizar analogia *in malam partem* contra o cidadão. Retornando a própria história da criação do instituto da analogia, o professor relembra que a mesma surge no contexto da Escola de Exegese, em um processo de consideração do Direito como um sistema fechado e alheio a outras fontes do Direito, que não sejam a lei. Aos magistrados seriam proibidas qualquer tipo de interpretação que se desviasse minimamente do texto legal, o que também geraria insegurança jurídica e esvaziaria o Direito como um todo.

Não houve ainda, de acordo com esse mesmo pensamento, ofensa ao postulado da legalidade. As condutas discriminatórias, de qualquer cunho, já são consideradas atos ilícitos, *prima facie* de qualquer legislação específica, por serem positivados no texto constitucional e na ordem internacional. Há, ainda, doutrinadores de relevo no âmbito do Direito Internacional Público e Constitucional, que defendem que tratados internacionais poderiam atuar como normas incriminadoras, isto é, como fontes do Direito Penal.

Esse é o entendimento:

Portanto, mesmo a posição de vanguarda do STF, expressa no voto-vista do Min. Gilmar Mendes acima referido, ainda é, a nosso ver, insuficiente. No nosso entender, os tratados internacionais comuns ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico intermediário, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto que não se encontrem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, como se observará no momento oportuno, entendemos que os mesmos ostentam status de norma constitucional, independentemente do seu eventual quórum qualificado de aprovação. A um resultado similar pode-se chegar aplicando o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado em plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do Direito Internacional e da prevalência de suas normas em relação à normatividade interna, seja anterior ou posterior. (MAZZUOLI, 2015, p.827).

Flávia Piovesan, reafirma essa posição:

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantidas fundamentais. (PIOVESAN, 2012, p.111)

A proteção Internacional dos Direitos Humanos, ganhou relevo após as atrocidades vivenciadas durante a 2ª Guerra Mundial, houve a florescência maior da proteção dos Direitos Humanos e a inserção com maior veemência de atores internacionais que outrora eram esquecidos. Além dos documentos clássicos de proteção a esses Direitos, surgiram mais recentemente o aumento da preocupação internacional com os direitos à diversidade sexual, nos quais é necessário destacar os chamados “Princípios de Yogyakarta”, cujo princípio do Direito ao reconhecimento perante a lei mostra pertinente com a temática aqui em análise.

Importante documento, esses princípios passam a partir de sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro e, até mesmo antes disso, por passarem pelo processo de transformação para a categoria de normas do *jus cogens*⁹, passou a consignar expressamente

⁹ As regras imperativas de direito internacional, normalmente referidas como normas *jus cogens* ou regras preempatórias, são preceitos jurídicos inalienáveis, e que, portanto, não podem ser suspensos em nenhum momento, nem mesmo em situações extremas, por serem entendidas como mandamentos decorrentes do Direito Natural e que formam a base fundamental do sistema normativo do plano internacional (BROWNLIE, 2003, p. 488; JANIS, 2003, p. 65). Isso porque, as normas *jus cogens* tem como propósito a criação de uma contrapartida ao direito que o Estado possui em positivar/determinar as suas próprias normas e condutas (RAGAZZI, 1997, p. 57), sendo tipicamente de *ordre publique* (BASSIOUNI, 1999, p. 213). Em outras linhas, as regras cogentes são normas que impõem uma restrição à soberania da nação na realização de suas atividades, imprimindo um limite ao voluntarismo estatal, seja em âmbito interno ou externo. *In*: SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. A violação do *jus cogens* pelo estado em casos de terrorismo: uma análise do caso Jean Charles de Menezes. **Direitos Humanos em Perspectiva**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p.170-191, jun. 2016.

que:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso. Entretanto, violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extrajudiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações são com frequência agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo. Muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por meio de costumes, legislação e violência e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam. O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros. (ALAMINO; DEL VECCHIO, 2018)

Outros documentos permitem afirmar que a decisão do pretório Excelso não feriu o princípio da legalidade em matéria penal, tais como a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, por exemplo. Por outro lado, o artigo do professor Eric Baracho, apresenta questão relacionada mais especificamente aos mandados expressos de criminalização de condutas discriminatórias e se o Poder Judiciário seria competente para sanar eventuais omissões inconstitucionais que a inércia estatal pudesse causar.

A professora Maria da Conceição Ferreira Cunha (1995), possui umas das obras mais significativas sobre o tema e, inicialmente, distingue o que seria *criminalização legítima* e *criminalização obrigatória*. Para ela, criminalizar uma conduta envolve elevado grau de discricionariedade legislativa para identificar o Direito Penal como a via mais adequada para resolver determinada questão, devendo esse ramo do Direito ocupar de atuar quando os bens jurídicos mais relevantes fossem lesados. A Constituição, portanto, traria apenas os limites de atuação do legislativo no poder de criminalizar determinadas condutas, sendo a homofobia exemplo claro de criminalização legítima.

O professor Eric Baracho, defende, portanto que em caso de inconstitucionalidade total por omissão, não caberia ao Poder Judiciário, nestes casos proferir decisões de caráter concretista e analógicas em sede de Mandado de Injunção. O referido professor discute ainda que mesmo nos casos de proteção insuficiente dado pelo legislador a determinadas pessoas, em nenhuma delas o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação e criminalização de condutas. Alterar isso, portanto, seria o mesmo que ferir o postulado da legalidade estrita que rege o Direito Público e, de maneira mais acentuada, o Direito Penal.

O professor Baracho, diante dessas afirmações, sugere algumas conclusões em

relação aos mandamentos constitucionais de criminalização (como possibilidade de servir de parâmetros concretos ao controle concentrado de constitucionalidade) e as limitações que o princípio da legalidade impõe ao legislador e ao Poder Judiciário:

Reconhecida a força normativa de tais normas, devem-se debater as possíveis consequências do reconhecimento de eventual **inconstitucionalidade por omissão e efeitos de eventual decisão judicial**: a) No caso de ausência de lei que tipifique a conduta constitucionalmente prevista, parece não haver **solução fácil** do ponto de vista da jurisdição constitucional, eis que a **legalidade penal (art. 5º, XXIX) apresenta obstáculo intransponível para decisões de natureza concretista**; b) Em relação a abolitio criminis de condutas já previstas em lei, parece que o debate sobre vedação ao retrocesso e a utilização de normas programáticas enquanto parâmetro de controle de constitucionalidade por ação podem apresentar soluções satisfatórias; c) No caso de lei que reduza penas ou atribua tratamentos mais benéficos a condutas já tipificadas, parece razoável **presumir que exista um limite a discricionariedade do legislador, embora as soluções propostas pela doutrina para a atuação judicial impliquem em uma perigosa substituição da conformação do legislador por critérios de discricionariedade judicial na delimitação de escalas penais**; d) Por fim, a hipótese de revogação do próprio mandato constitucional de criminalização é debate que depende diretamente da delimitação de tais normas como abrangidas ou pelas cláusula pêtrea do art. 60, § 4º, IV da Constituição.

Pelo exposto, parece que a dificuldade em se identificar um mandato constitucional de criminalização específico para a homofobia impede um **aprofundamento maior quanto às consequências do reconhecimento de eventual inconstitucionalidade por omissão**. Ainda que se reconheça a existência de tal imposição, parece que a única forma de tutela **constitucionalmente adequada pela jurisdição constitucional encontrar-se-ia na notificação do Congresso Nacional para constituir o órgão legislativo em mora, uma vez que escapa ao Judiciário a competência para proferir decisões concretistas para suprir lacunas relativas a normas penais incriminadoras. (FERNANDES, 2014, p.77).**

Diante do exposto, a posição do Cattoni de Oliveira é a que mais coaduna com a vertente atual do Mandado de Injunção, positivada pela Lei nº 13.300/2016 e, diante do caso concreto do Mandado de Injunção nº 4733, verdadeira viragem jurisprudencial ocorreu, em posição verdadeiramente concretista dos Mandamentos Constitucionais de criminalização em face dos direitos da comunidade LGBT. A posição do professor Baracho, embora respeitável, não coaduna com as verdadeiras premissas do texto constitucional.

É verdade, entretanto, que a simples criminalização de condutas não é o caminho suficientemente para acabar com as condutas de discriminação e violência perpetrada contra inúmeras minorias sociais e não somente contra a comunidade LGBT. Foi assim com a criminalização do racismo e com a criação da Lei Maria da Penha. A violência e o descaso estatal permaneceram fortes, porém foi dado o primeiro passo para que os racistas e intolerantes tenham as suas condutas efetivamente reprimidas.

A criminalização específica das condutas homofóbicas e transfóbicas, portanto,

ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como fonte de proteção (embora não ideal) a esses grupos historicamente inferiorizados. Não é apenas mais uma fonte do Direito Penal Simbólico¹⁰, mas sim fonte de um verdadeiro processo de afirmação ao Direito Fundamental à sexualidade, que representa verdadeira expressão da cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, foi verificado que o desenvolvimento do instituto do Mandado de Injunção apresenta algumas similaridades com a *injunction* do direito anglo-americano, muito embora as peculiaridades do instituto brasileiro o tornem instrumento *sui generis*. Ambos os institutos, tentam dar concretude a algum Direito Fundamental do impetrante. Há ainda aqueles que defendem o instituto brasileiro como uma criação única do legislador constitucional originário de 1988 e, diante disso, em nada se assemelham com as ações constitucionais existentes em outros países. Porém, a conclusão do presente texto é de que o Brasil sofreu influência de outros países na criação do instituto.

Avançando no desenvolvimento do tema, é possível concluir que o racismo é uma construção social. Ao analisar o Caso Ellwanger, foi possível concluir que a posição consolidada do Supremo Tribunal Federal é a que considera que o crime de racismo não é mais adstrito ao conceito puro e ultrapassado de raça. Diante disso, quaisquer atitudes que visem inferiorizar determinado grupo por simples condições que lhe são peculiares, tais como as que subjugarão os judeus, permitem afirmar que atitudes racistas foram tomadas contra esse grupo. Ao analisar o caso, portanto, ficou definido, com acerto, que essa decisão não significa adoção por parte do Poder Judiciário de analogia *in malam partem* em matéria penal, mas sim de verdadeira interpretação conforme aos ditames do dirigismo constitucional estabelecido em 1988.

Ao assim concluir, foi possível determinar que a decisão do Mandado de Injunção nº 4733 possui semelhanças com a exarada no Caso Ellwanger. Ao determinar novamente que o racismo é figura de forte carga simbólica e cultural e que, diante dessa constatação, é crível afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal não feriu o princípio da legalidade, pois

¹⁰ Assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão “direito penal simbólico”, como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais. *In*: ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. 25 ed., Buenos Aires, Del Puerto, ano 2000.

tanto em aspectos da ordem interna quanto a internacional a obrigação de quaisquer condutas discriminatórias, em posição concretista do Mandado de Injunção.

Em relação à posição de política criminal, a decisão em nenhum aspecto representa ao que é chamado na doutrina como Direito Penal Simbólico, pois representou verdadeira expressão de uma luta histórica dos movimentos sociais. A Teoria do Direito, diante dos novos paradigmas e demandas do constitucionalismo não consegue atender a esses novos sujeitos constitucionais e, portanto, passou a gerar com maiores contornos a síndrome da inefetividade das normas constitucionais e a consequente omissão inconstitucionais por parte dos poderes constituídos.

Diante disso, considerar por meio de uma posição positivista clássica que o somente caberia ao Congresso Nacional dar voz a essas novas demandas, seria o mesmo que ampliar a postergação do adequado exercício dos mais variados Direitos Fundamentais. O Poder Judiciário pode e deve, com auxílio, por exemplo da teoria garantista dos Direitos Fundamentais, suplantar essas omissões conservadoras e que tentam impor a vontade de maiorias momentâneas sobre as mais diversas minorias sociais, dentre as quais este trabalho destacou as demandas da comunidade LGBT.

O Mandado de Injunção, com a respectiva decisão do Supremo Tribunal Federal, é importante instrumento de guarida dos Direitos dos cidadãos, e obteve, ainda que isoladamente, importante vitória em busca da igualdade material. Essas pessoas passaram a obter no Direito Penal instrumento necessário de freio contra o arbítrio contra ações de grupos da sociedade que não enxergam na população LGBT+ sujeitos de direitos. Contudo, o deferimento dessa ação constitucional pelo pleno do STF representou apenas um alento diante das inúmeras tragédias que vivem cotidianamente e não representará, per se, efetiva concretude do direito fundamental à sexualidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs Constitucionais: Habeas Corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data.** 2. ed., ampl. São Paulo: Saraiva, 1991. 224 p.

ALAMINO, F. N. P.; DEL VECCHIO, V. A. Os Princípios de Yogyakarta e a proteção de direitos fundamentais das minorias de orientação sexual e de identidade de gênero. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 113, p. 645-668, 21 dez. 2018.

ARQUIMINO DE CARVALHO, L. Mandado de Injunção e hermenêutica constitucional: velhas e novas leituras. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 7, n. 1, p. 65-76, 9 set. 2015.

ANASTÁCIO, R. B. **Mandado de injunção: em busca da efetividade da Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ASSEMBLEIA CONSTITUINTE. **Constituição da República Portuguesa**, de 2 de abril de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 20 de abril de 2020.

BARROSO, L. R. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 1-13, jan./ mar. 1993.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, [S. l.: s. n.], p. 13-100, 2016.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERCOVICI, G. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, v. 36, n. 142, [S. l.: s. n.], p. 35-51. abr/jun 1999.

BIELSCHOWSKY, R. M. **Cultura Constitucional.** 2016. 394 f. Tese (Doutorado). Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Belo Horizonte, 2016

BORRILLO, D. **Homofobia: história e crítica de um preconceito.** Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 13300/2016** de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República, 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Mandado de Injunção nº MI 107 QO. IMPTE. José Emídio Teixeira. IMPDO. (A/S) Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 16 de março de 1990.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Mandado de Injunção nº MI 107 QO. IMPTE. José Emídio Teixeira. IMPDO. (A/S) Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 16 de março de 1990. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.458-MC/DF**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, data de julgamento 25/10/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3112-1**, Relator Min. Carlos Velloso, data de julgamento 15/01/2004. DJe 03/02/2004. Brasília, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132**. Relator: Ayres Britto. Brasília, DF de 2011. **União Homoafetivas**. Brasília, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2 RS**, Relator Moreira Alves, Data de julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 10/03/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82424**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 87.585-8**. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de março de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733**. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Brasília, 2019.

CAMARGO, Beatriz Corrêa; KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 95, n. 1, p.85, 2012.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, DL 2003.

CASTRO, G. S.; FERREIRA, O. A. V. A. **Mandado de Injunção**: de acordo com a Lei 13.300/2016. Salvador: Juspodivm, 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A.; BAHIA, A. G. M. F. M.; SILVA, D. B. Sobre a criminalização da homofobia: uma crítica da crítica. **Empório do Direito**, v. 1, p. 1-1, 2019.

CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**, OC-24/17, 24.11.2017, par. 32.f., tradução livre.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Os "writs" na Constituição de 1988:** Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Habeas Corpus e Ação Popular. São Paulo: Forense Universitária, 1989.

CUNHA, M. C. F. **Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização.** Imprensa: Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DIAS, M. B. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** Salvador: Juspodivm, 2020.

FERNANDES, E. B. D. Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização: o Mandado de Injunção nº 4733 e a criminalização da homofobia. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, São Paulo, v. 2, n. 7, p.58-79, dez. 2014.

FERNANDES, E. B. D. **Omissões Inconstitucionais e seus instrumentos de controle:** contribuições para o aprimoramento inconstitucional. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAJOLI, L. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal.** Madrid: Trotta, 1998.

FERRAJOLI, L. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In.: COSTA, P.; ZOLO, D. (org.). **O Estado de Direito:** história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FIGUEIREDO, M. **O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

FILHO, D. A. **Writs Constitucionais:** Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data. São Paulo: Saraiva, 1991.

FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. **Sex., Salud Soc. (Rio J.)**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 37-63, Dec. 2012

GOMES, V. J. **Vício dos Clérigos:** a sodomia nas malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa. 2010. 225 f. Dissertação (Mestrado). Curso de História, Departamento de História, Universidade Federal Fluminense, Niterói/RJ, 2010.

GRECO, R. **Código penal: comentado.** Niterói: Impetus, 2008.

HONNETH, A. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** São Paulo: Ed. 34, 2015.

IOTTI, Paulo. **O STF, a Homotransfobia e o seu reconhecimento como crime de racismo:** Análise e defesa da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a Homotransfobia como crime de racismo. Bauru: Pessotto, 2020.

KINDHAUSER, U.; CAMARGO, B. C. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 95, n. 1, p.85-95, 2012.

- LAFER, C. Parecer - o caso Ellwanger: antissemitismo como crime da prática do racismo. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, 2002.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. **A Constituição Penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LIMA, A. J. C. B. **Direito Penal Constitucional** – a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARTINS, F. R. A adequação do princípio da vulnerabilidade e o livre desenvolvimento da personalidade na promoção da pessoa com deficiência: novos desafios da hermenêutica jurídica. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, v. 2, n. 5, p.1189-1217, 2019.
- MAZZUOLI, V. O. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.
- MAZZUOLI, V. O.; GOMES, L. F. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: RT, 2008.
- MEIRELLES, H. L.; WALD, A.; MENDES, G. F. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MORAES, A. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, A. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MUNANGA, K. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. In: BRANDÃO, A. A. P. (Org.). **Programa de educação sobre o negro na sociedade brasileira**. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense. 2004.
- NUCCI, G. S. **Lei Penais e Processuais Penais Comentadas** v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA JÚNIOR, J. M. O Habeas Corpus 82424-2 e a construção dos conceitos de liberdade de expressão e dignidade da pessoa. **CONPEDI**, São Paulo, v. 1, n., p.1-30, 2009.
- PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- QUEIROZ, L. C. S. et al. Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, [S.l.], v. 23, 1994. p. 197-237.
- REIS JÚNIOR, A. S. A (i)legítima intervenção penal na tutela de bens universais. **Revista Internacional Consinter de Direito**, Porto, v., IX, [s. n.], p.387-399, jul. 2019.
- RIGAUX, F. **A lei dos juízes**. Trad. Edmir Missio. Rev. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RODRIGUES, G. T. O racismo escondido sob o manto da Lei. **Revista Direito e Práxis**, v. 3, n. 2, [S. l.: s. n.]. P. 70-91, 2012.

ROXIN, C. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires, Del Puerto, ano 2000.

SÁ, R. M.; DE ALMEIDA SILVA, T. T. A constitucionalidade da hermenêutica concretizadora em sede de mandado de injunção. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 12, p. 97-130, 5 out. 2012.

SANTOS, E. R. **Direitos fundamentais atípicos: uma análise do § 2º, do art. 5º, da Constituição Brasileira de 1988**. 2015. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 375 p.

SARMENTO, D. (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SQUEFF, T. A. F. R. C. A violação do jus cogens pelo estado em casos de terrorismo: uma análise do caso Jean Charles de Menezes. **Direitos Humanos em Perspectiva**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p.170-191, jun. 2016.

STRECK, L. L. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos e garantias fundamentais - Sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 8, n. 2, p.257-301, mai./ago, 2003.

TEMER, M. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TORNAGHI, H. *et al.* **O mandado de Injunção**. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, [S.l.], v. 5, ago. 2011. p. 343-360.

WARAT, L. A. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, J. E. (Org.). **A crise do Direito numa sociedade em mudança**. Brasília: Ed. Universidade Brasília, 1988.