

## **O JUIZ E O PROGRESSO: a salvação iluminista - uma análise crítica ao julgamento do STF que transformou em crime a homofobia**

*THE JUDGE AND PROGRESS: enlightenment salvation. a critical analysis of the brazilian Supreme Court decision that turned homophobia into a crime.*

*Victor Guedes Trigueiro*  
 Centro Universitário de Brasília  
*Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy*  
 Centro Universitário de Brasília

### **Resumo:**

Neste ensaio serão analisados criticamente os julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4733, proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, que tornaram crime a homofobia. Para atingir os objetivos aqui delineados, foi utilizado o método de pesquisa indutivo e a técnica de revisão bibliográfica. O julgamento do caso pode ser analisado sob a perspectiva do que se convencionou denominar de ativismo judicial, um comportamento característico (mas não exclusivo) de Cortes Constitucionais, e da judicialização da política, fenômeno presente em diversas democracias contemporâneas, que desloca para o Poder Judiciário o centro de gravidade das decisões políticas fundamentais, a partir da constatação de um comportamento omissivo do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Para além disso, a discussão envolve a discricionariedade judicial na interpretação da norma, tema que remete a um dos debates acadêmicos mais famosos da teoria geral do direito contemporânea, travado entre Herbert Hart e Ronald Dworkin. Pretende-se demonstrar que o caminho adotado pela Suprema Corte extrapolou os limites da atuação jurisdicional, vulnerando o equilíbrio entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo e ferindo o texto expresso da Constituição Federal.

### **Palavras-chave:**

Homofobia. Suprema Corte. Ativismo Judicial. Discricionariedade judicial.

### **Abstract:**

This essay addresses a critical analysis to the outcome of Brazilian Supreme Court's decision on ADO 26 and MI 4733, which turned homophobia into a crime. This case might be analyzed under the perspective of the judicial activism, a singular (but not exclusive) behavior observed in Constitutional Courts, and also the judicialization of politics, a phenomenon observed in several contemporary democracies, that shifts to the Judiciary Branch the gravity center of fundamental political decisions, from the finding of an omissive behavior of the Legislative and Executive Branches. Furthermore, this trial has thrown new lights on judicial discretion, an issue that produced one of the most famous debates on academic field in the contemporary jurisprudence, between Herbert Hart and Ronald Dworkin. It is possible to hold that the path adopted by the Supreme Court overpassed judiciary boundaries, harming the Constitution.

### **Key-words:**

Homophobia. Supreme Courts. Judicial Activism. Judicial Discretion.

## **1 INTRODUÇÃO**

A sociedade brasileira está em crise. A crise é econômica, política, social e, também, jurídica. No aspecto econômico, o Brasil tenta se recuperar de uma das piores recessões de sua história recente. Politicamente, vivemos momento de grande instabilidade após um impeachment, um conturbado mandato-tampão e uma acirrada eleição presidencial. Pautas sociais, conservadoras e progressistas como: aborto, homofobia, direitos dos transgêneros,

descriminalização do consumo da maconha, porte/posse de armas de fogo e reforma da previdência, dividem a sociedade brasileira. Juridicamente, o Poder Judiciário não consegue cumprir a contento o seu mister constitucional. Morosidade, imprevisibilidade e insegurança jurídica são características infelizes do serviço jurisdicional brasileiro.

Neste cenário, os Poderes Executivo e Legislativo são incapazes de trazer as respostas que a sociedade brasileira precisa para de alguma forma reverter o quadro e sair de uma crise generalizada, em todos os seus aspectos. A solução aparentemente confortável e segura, a última solução, é o Poder Judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal, que ganha em importância e estampa as capas de jornais com assuntos econômicos, políticos, sociais e, naturalmente, jurídicos. Em suma, a Corte Suprema tem sido provocada a solucionar, nos últimos anos, boa parte dos grandes problemas que inquietam a sociedade brasileira<sup>1</sup>.

Esse fenômeno, conhecido como judicialização<sup>2</sup>, não é uma peculiaridade da realidade política brasileira, sendo na verdade um velho conhecido das democracias constitucionais, dotadas de Constituições escritas (no mais das vezes excessivamente analíticas), e aparelhadas por Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais. Trata-se de um fato da vida política, em países como o Brasil, onde os próprios atores dos Poderes Executivo e Legislativo e da sociedade civil organizada, incapazes de solucionar internamente seus problemas, provocam o Poder Judiciário na esperança de solucionar o impasse institucional instaurado<sup>3</sup>.

Naturalmente, para toda ação, uma reação. Emerge assim o denominado ativismo judicial. Para Rodrigues (2015), o ativismo judicial consiste em um comportamento proativo do Poder Judiciário, tendente a alterar ou bloquear alterações em determinadas políticas

---

<sup>1</sup> Tocqueville (1945, p. 280) já havia observado o mesmo fenômeno no sistema jurídico dos Estados Unidos, e de maneira geral, nas recentes democracias constitucionais. Segundo ele, “*There is now hardly any moral or political controversy in the world of new constitutionalism that does not sooner or later become a judicial one.*”

<sup>2</sup> Segundo Tate (1995, p. 28), a judicialização da política tem dois significados principais. “*1. The process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislature and executives, and 2. The process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures*”. Para Vallinder (1995, p. 13), “*When we speak of the global expansion of judicial power, we refer to the infusion of judicial decision-making and of courtlike procedures into political arenas where they did not previously reside. To put it briefly, we refer to the ‘judicialization’ of politics.*”

<sup>3</sup> Analisando o sistema jurídico Canadense, Hirschl (2004) observa que a adoção do *Constitutional Act 1982* gerou um aumento significativo do número de casos em que a Suprema Corte Canadense debruçou-se sobre questões relativas a direitos fundamentais. No entanto, prossegue, esta não é a única razão. Para Hirschl (2004, p. 20), “*The rapid growth rate of judicial activism and rights jurisprudence in Canada, however, cannot be attributed solely to the enactment of the 1982 Charter. As will be shown in Chapter 2, the willingness of national political actors to transfer policy-making authority from the political sphere to the courts and the willingness of the judiciary to respond positively to demands for activism are important reasons for the expansion of judicial power in Canada during the last two decades*”.

públicas, por intermédio do controle de constitucionalidade, ou ainda, criar uma política pública por meio de uma decisão judicial.

Importa registrar, conforme observado por Barroso (2018), que judicialização e ativismo judicial não se confundem, embora integrem o mesmo fenômeno. O ativismo está relacionado com a atitude do magistrado no exercício da jurisdição, ao passo que a judicialização compreende um fenômeno político-social de submissão de questões sensíveis ao Poder Judiciário, em especial, às Supremas Cortes.

O ativismo, no entanto, pode se tornar um problema, dado que a atividade jurisdicional tem limites, não podendo, por regra, transbordar as suas fronteiras e avançar na seara legislativa. Nesse sentido, há quem entenda que o empoderamento das Supremas Cortes é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Segundo Claudia Maria Barbosa (2019, p. 2):

(...) o tipo de regime político da juristocracia<sup>4</sup> que tem se fortalecido nas democracias ocidentais é incompatível com o constitucionalismo liberal e fragiliza as Constituições desses Estados, tornando-as disfuncionais e incapazes de assegurar o equilíbrio de poderes, a defesa de direitos e conter o abuso do poder estatal.

O pano de fundo jus-filosófico para a discussão gira em torno do advento do denominado neoconstitucionalismo, que surge a partir da afirmação liberal dos direitos naturais (BARZOTTO, 2015). Para Ana Paula Barcelos (2005), o Neoconstitucionalismo está fundado, do ponto de vista metodológico-formal, em três aspectos: i) imperatividade da Constituição; ii) superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica, e iii) centralidade da Carta, no sentido de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados à luz da Constituição. Do ponto de vista material, em dois aspectos: i) incorporação explícita de valores e opções políticas em textos constitucionais, especialmente na proteção de direitos fundamentais; ii) expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas que integram o próprio sistema constitucional. Segundo Hirschl (2004, p. 2):

---

<sup>4</sup> Hirschl (2004, p. 12) sugere que “*judicial empowerment through constitutionalization is best understood as the product of a strategic interplay between three key groups: threatened political elites, who seek to preserve or enhance their political hegemony by insulating policy making in general, and their policy preferences in particular, from the vicissitude of democratic politics while they profess support for democracy; economic elites, who view the constitutionalization of rights, especially property, mobility, and occupational rights, as a means of placing boundaries on government action and promoting a free-market, business-friendly agenda; and judicial elites and national high courts, which seek to enhance their political influence and international reputation.*”

“o empoderamento judicial através da constitucionalização dos direitos e do estabelecimento do controle de constitucionalidade agora parecem ser o pensamento convencional mais aceito na teoria constitucional contemporânea<sup>5</sup>”

O foco do presente ensaio consiste na análise dos recentes julgamentos da ADO 26 e do MI 4733, proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, que tornaram crime a homofobia. Para atingir os objetivos aqui delineados, o presente estudo será desenvolvido no contexto de pesquisas bibliográficas e documentais. Nesse último caso, o estudo centra-se em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. No primeiro, a pesquisa centra-se em fontes nomeadamente secundárias, a exemplo de análise da literatura disponível. Quanto ao método de abordagem, a pesquisa refere-se ao método indutivo, buscando a coleta de conclusões a partir de um conjunto objetivamente limitado de exemplos particulares e específicos.

Deve-se ressaltar, de início, que não se pretende exercer juízo de valor a respeito da questão. Isto é, não se tem por objetivo apoiar ou contestar a opção política pela criminalização, deixando claro desde logo que a proteção dos direitos fundamentais de qualquer grupo, seja ele majoritário ou minoritário, deve ser uma das primeiras preocupações, se não a primordial, de uma democracia constitucional. O objetivo consiste apenas em avaliar criticamente, do ponto de vista da Teoria Geral do Direito e do Direito Constitucional, a solução engendrada pelo Supremo Tribunal Federal para tornar crime a homofobia. Eis a salvação iluminista. Isso será feito a partir de reflexões de Luís Roberto Barroso<sup>6</sup>, que recentemente publicou artigo onde tratou, de modo peculiar, do papel das supremas cortes na proteção dos direitos fundamentais.

O problema exposto remete a um acalorado e famoso debate acadêmico entre Herbert Hart e Ronald Dworkin. Hart, no livro “O Conceito de Direito” tratou especificamente da discricionariedade da decisão judicial e foi duramente criticado por Dworkin no livro “Levando os Direitos a Sério”. O ataque gerou uma resposta, publicada após a morte de Hart, que se tornou o pós-escrito do seu livro. Além das obras acima citadas, Ronald Dworkin retoma o assunto no livro “O império do Direito”, expondo ideias que poderiam de alguma forma guiar a solução para os casos difíceis. Uma seção será dedicada aos dois autores.

---

<sup>5</sup> No original: “*judicial empowerment through the constitutionalization of rights and the establishment of judicial review now appear to be the widely accepted conventional wisdom of contemporary constitutional thought*”.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis, vol. 9, n. 4, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

Ao final, concluir-se-á com uma tentativa de identificar qual seria a solução mais adequada ao caso concreto. Relativamente à Luís Roberto Barroso, a tarefa é mais fácil, considerando que o seu voto contribuiu para a formação da maioria que consagrou a tese da possibilidade de criminalização da homofobia. Haveria outra solução? Dworkin diria que não, pois admite apenas uma solução correta. A restrição à discricionariedade judicial nos levaria a outro desfecho? Assumindo que seria possível chegar a soluções diferentes, conforme se verá, alguém estaria errado? Ao final, brevíssimas reflexões serão acrescentadas sobre o que pareceria mais adequado.

## **2 OS JULGAMENTOS DA ADO 26 E DO MI 4733**

Em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 26, proposta pelo Partido Popular Socialista, e do Mandado de Injunção nº 4733, impetrado por um cidadão. O objetivo das referidas ações consistia, basicamente, na suposta omissão legislativa do Congresso Nacional em editar lei que criminalize os atos de homofobia e transfobia. Foram relatores, respectivamente, o Ministro Celso de Mello e o Ministro Edson Fachin.

O Ministro Celso de Mello, relator da ADC nº 26, em sessão realizada nos dias 20 e 21 de fevereiro, conheceu, em parte da ação para, nessa extensão, julgá-la procedente e reconheceu a mora legislativa na implementação da proteção penal dos integrantes do grupo LGBT e deu interpretação conforme à Constituição para enquadrar a homofobia e a transfobia nos tipos penais previstos na Lei 7.716/89, até que sobrevenha legislação específica sobre o caso.

Segundo o Ministro Relator, o procedimento hermenêutico por ele realizado objetivou extrair dos diversos dispositivos legais vigentes, a interpretação mais adequada à aplicação do direito no caso concreto. Tal proceder, segundo o Relator, não se confunde com a atividade de elaboração legislativa, dado que o processo de interpretação dos textos legais e da Constituição constitui prerrogativa do Poder Judiciário, não havendo, portanto, usurpação das atribuições dos demais poderes da República.

O centro do debate girou em torno da interpretação que deve ser dada aos dispositivos previstos na Lei nº 7.716/89, que dispõem sobre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor etnia, religião ou procedência nacional. Segundo o entendimento do Relator, seguido, nessa assentada, pelos Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, a ideia de racismo não se resume apenas a um conceito de ordem

antropológica ou biológica, mas projetam-se para uma dimensão cultural e sociológica, abarcando, portanto, a proteção aos direitos fundamentais da comunidade LGBT. Sendo assim, o julgamento limitar-se-ia apenas a uma subsunção do fato submetido a julgamento aos dispositivos legais previsto na supracitada legislação. Importante mencionar que a ampliação do conceito de racismo, acima mencionado não consistiu em uma inovação no presente caso, mas sim em um tratamento conferido ao tema no julgamento do caso Ellwanger<sup>7</sup>.

Para além dos dispositivos acima mencionados, imperioso registrar que em matéria criminal, vige o princípio da legalidade estrita, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, nos termos do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

O Ministro Fachin, Relator do MI nº 4733, proferiu voto no mesmo sentido do Ministro Celso de Mello, reconhecendo a omissão legislativa e determinando a aplicação dos dispositivos previsto na Lei 7.716/89.

O julgamento foi retomado em 23 de maio de 2019, quando foi debatida questão prejudicial relativa a comunicado encaminhado pelo Senado Federal ao Supremo Tribunal Federal, cujo conteúdo revelava a avançada tramitação de projetos de lei a respeito do tema submetido ao crivo do tribunal. Após votação, a preliminar foi rejeitada e o julgamento foi retomado, com os votos da Ministra Rosa Weber e do Ministro Luiz Fux, que seguiram o entendimento de ambos os relatores.

Em nova assentada, no dia 13 de junho de 2019, o julgamento foi retomado. O Ministro Gilmar Mendes seguiu o voto dos Relatores, e os Ministros Ricardo Lewandovski, Dias Toffoli e Marco Aurélio, ficaram vencidos. Para os dois primeiros, haveria que se reconhecer a mora legislativa e dar ciência ao Congresso Nacional para adoção das providências necessárias. No entanto, somente lei em sentido formal, oriunda do Congresso Nacional, seria capaz de tipificar a conduta criminal relativa à homofobia e a transfobia. A posição rejeita, portanto, a ampla compreensão do racismo, conforme defendida pelos Relatores e assentada pelo STF no HC nº 82.424 e remete a questão à arena legislativa. Já o Ministro Marco Aurélio, não conheceu do Mandado de Injunção e quanto a ADO, julgou-a improcedente, por entender que o vocábulo “criminalizar” não está necessariamente contido no vocábulo “punirá”, previsto no art. 5º, XLI, da Constituição Federal.

Eis um breve resumo das teses formuladas no julgamento dos casos sob análise no presente artigo.

---

<sup>7</sup> HC 82.424/STF, Relator para Acórdão Ministro Maurício Correa, julgado em 17 de setembro de 2003.

### 3 A FUNÇÃO ILUMINISTA DAS CORTES SUPREMAS

Luís Roberto Barroso publicou, recentemente, valioso estudo<sup>8</sup> a respeito das funções que, a seu ver, os Tribunais Constitucionais e as Supremas Cortes exercem nas democracias contemporâneas. Inicialmente, Barroso discorre sobre a evolução do pensamento jurídico contemporâneo, à luz do fortalecimento do constitucionalismo e do Poder Judiciário, marcados pelo fenômeno da judicialização e do ativismo judicial. Posteriormente, analisa a questão da intensa interação entre direito e política, que em alguma medida interfere na atuação das Supremas Cortes, atraindo para o Poder Judiciário o encargo de solucionar questões que ultrapassam as barreiras da reflexão jurídica pura e simples, transbordando para aspectos polêmicos da vida política do país. Por fim, e aqui está o ponto mais importante para os propósitos do presente artigo, Barroso delinea as funções que representam de forma mais fiel, sob seu olhar, o papel exercido por esses tribunais, quais sejam: i) contramajoritário, ii) representativo, iii) iluminista.

Segundo Barroso, a dificuldade contramajoritária<sup>9</sup> surge a partir da atribuição, às Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, do poder de controlar a constitucionalidade dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo. Seus antecedentes históricos remetem à célebre decisão de *Marbury x Madison*<sup>10</sup>, julgado em 1803, e baseiam-se na proteção dos direitos fundamentais e na preservação das regras do jogo democrático e dos canais de participação política dos membros da sociedade. (BARROSO, 2017).

Naturalmente, em razão da grande responsabilidade que recai sobre as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais no que concerne à invalidação de atos provenientes dos demais poderes, o papel contramajoritário deve ser exercido com parcimônia (BARROSO,

---

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. Revista Direito e Práxis, vol. 9, n. 4, Rio de Janeiro, 2017.

<sup>9</sup> Segundo Alexander Bickel (1962, p. 16) “*The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system.*” Ainda de acordo com ele (1962, pp. 17/18) “*(...) when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it.*”

<sup>10</sup> Segundo Brewer Carias (2011, p. 173), “*In the diffuse, or decentralized system of judicial review, being a power attributed to all courts, judicial review has always been deduced from the principle of the supremacy of the Constitution and of the duty of the courts to discard statutes contrary to the Constitution, always preferring the latter. Such power of the courts, consequently, does not need an express provision in the Constitution that instructs courts to give preference to the Constitution. As Chief Justice Marshall definitively stated in Marbury x Madison (1 Cranch 137 (1803)): Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule... so, if a law be in opposition to the constitution... the court must determine which of these conflicting rules governs the case: This is the very essence of judicial duty. If the, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, and no shc ordinary act, must govern the case to which noth apply.*”

2017), especialmente em situações de risco aos direitos fundamentais e aos pressupostos da democracia.

Por seu turno, o papel representativo das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais consiste no reconhecimento de que o fortalecimento das democracias constitucionais, associado à crise de legitimidade dos Parlamentos, conferiu às Cortes o poder de, através da motivação e argumentação de suas decisões, veicular a concretização de direitos, funcionando como intérprete do sentimento social (BARROSO, 2017).

A democracia deliberativa, que tem como componente principal o oferecimento de razões, ideias e troca de argumentos, funda-se na ideia de uma legitimação discursiva, em que as decisões políticas precisam ser produzidas após debates públicos e abertos, onde todos têm o poder de opinar e contribuir para a solução. Os Tribunais Constitucionais passam a exercer o papel de representante argumentativo da sociedade, na medida em que buscam conciliar a democracia e a jurisdição constitucional, concebendo-a como uma espécie de representação popular. (BARROSO, 2017)

No decorrer do texto, o autor apresenta diversos casos julgados por Cortes Constitucionais de diferentes países, que refletem o papel representativo, como nos Estados Unidos, especialmente no período do *Chief Justice* Earl Warren<sup>11</sup>, no Brasil e no Canadá<sup>12</sup>. No mais das vezes, o papel representativo ocorre quando a Suprema Corte ou o Tribunal Constitucional reconhece determinado direito fundamental não concretizado pelas instâncias políticas tradicionais, seja em razão do conservadorismo que pode marcar determinada legislatura, seja pela ausência de consenso político a respeito do tema, mas que, de alguma forma, representam de forma latente, os anseios da maioria da população.

Por fim, Barroso desenvolve o que entende por função iluminista das Cortes Supremas e dos Tribunais Constitucionais. De logo, há dois grandes alertas, que o próprio autor entende por bem apresentar. O primeiro, segundo Barroso, consiste em afirmar que a função

---

<sup>11</sup> Para Cox (1968, p. 4), “*The appointment of Earl Warren as a Chief Justice of the United States marked the beginning of an era of extraordinarily rapid development in our constitutional law during which the Court has broken new ground for the States and other branches of the federal government. Its defenders rightly point out that the Court has spearheaded the progress in civil rights, administration of criminal justice, protection of individual liberty, and the strengthening and extension of political democracy.*”

<sup>12</sup> Segundo Roach (2007, p. 69), “*On any possible definition of the term, the Supreme Court of Canada has provided plenty of raw material for the study of judicial activism. It has exercised its power under Canada’s constitutional bill of rights, the 1982 Canadian Charter of Rights and Freedom, to strike down laws restricting abortions, felony murder offences, laws that limited the definition of spouse to heterosexual couples, laws restricting access to private health insurance, and restrictions on prisoner voting. The court activism has not, however, been restricted to the enforcement of the Charter, but has extended to the enforcement of Aboriginal and treaty rights, private law, and the use of unwritten constitutional principles to craft procedures for the negotiation of Quebec’s secession from Canada and for the setting of judicial salaries. These exercises in judicial power have sparked lively debates in Canada about judicial activism.*”

iluminista é “*uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa para que Cortes Constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas*” (BARROSO, 2017, p. 37). O segundo consiste numa breve explicação sobre a razão pela qual o termo “*iluminismo*” é utilizado. Segundo Barroso:

Historicamente, portanto, o iluminismo é uma ideia associada à razão humanista, a direitos inalienáveis da condição humana, à tolerância, ao conhecimento científico, à separação entre Estado e religião e ao avanço da história rumo à emancipação intelectual, social e moral das pessoas.

É nesse sentido que o termo é empregado nesse tópico, o de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens.

(...)

A razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos. As intervenções humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não é para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver os seus, possa professar as suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções dos demais.” (BARROSO, 2017, p. 38).

Importante perceber que a função iluminista não é uma criação de Barroso, mas apenas a identificação de um proceder histórico, cujo rótulo passa a ser o iluminismo, com as ressalvas acima registradas. Para ilustrar o que entende por iluminismo judicial, Barroso cita o célebre julgamento de *Brown x Board of Education*<sup>13</sup>, através do qual a Suprema Corte dos Estados Unidos tornou ilegítima a segregação racial escolar, até então existente naquele país.

Barroso alega que:

O caráter iluminista do julgado se manifestou na superação do senso comum majoritário – que escondia o preconceito por trás da doutrina do “separados porém iguais” – e na consequente mudança de paradigma em matéria racial, tendo funcionado como um catalisador do moderno movimento pelos direitos civis. (BARROSO, 2017, p. 40).

Para diferenciar a função iluminista das demais supracitadas, o autor alega que o termo somente será empregado corretamente quando a decisão corresponder aquelas soluções judiciais que não correspondem à vontade do Congresso nem mesmo ao sentimento majoritário da sociedade, mas ainda assim é vista como correta, justa e legítima (BARROSO,

---

<sup>13</sup> Segundo Cox (1968, p. 25), “*The issue was whether a State which maintained separate schools for white and Negro children thereby denied Negro children ‘equal protection of the law’, in violation of the Fourteenth Amendment. In 1986 the Supreme Court itself had decided that compulsory segregation on railway trains did not violate the equal protection clause, provided that the separate facilities furnished to each race were actually equal. The rule spread into every aspect of life in the South and, to a degree, into other regions. Later, a few qualifications developed, but Plessy v. Ferguson was still authoritative when Brown x Board of Education came before the Court. The Court rejected the established doctrine and held that racial segregation in public schools violated the Fourteenth Amendment’s guarantee of ‘equal protection of the law.’*”

2017). Considerando a dissociação da vontade do legislador e da sociedade, e a ausência de controle sobre as decisões proferidas por Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, caberá à história documentar se foi iluminismo ou, ao contrário, um “descompasso histórico”. (BARROSO, 2017, p. 41).

Um último e importante alerta precisa ser apresentado, a título de conclusão da presente seção. Barroso reconhece que a sua categorização, especialmente no que se refere ao iluminismo, oferece riscos a democracia. Segundo ele:

Antes de concluir, é pertinente uma última reflexão. Foi dito que cortes constitucionais podem desempenhar três papéis: contramajoritário, representativo e iluminista. Isso não quer significar que suas decisões sejam sempre acertadas e revestidas de uma legitimação a priori. Se o Tribunal for contramajoritário quando deveria ter sido deferente, sua linha de conduta não será defensável. Se ele se arvorar em ser representativo quando não haja omissão do Congresso em atender determinada demanda social, sua ingerência será imprópria. Ou se ele pretender desempenhar um papel iluminista fora das situações excepcionais em que deva, por exceção, se imbuir da função de agente da história, não haverá como absolver seu comportamento. Além disso, cada um dos papéis pode padecer do vício da desmedida ou do excesso: o papel contramajoritário pode degenerar em excesso de intervenção no espaço da política, dando lugar a uma indesejável ditadura do Judiciário; o papel representativo pode desandar em populismo judicial, que é tão ruim quanto qualquer outro; e a função iluminista tem como antípoda o desempenho eventual de um papel obscurantista, em que a suprema corte ou tribunal constitucional, em lugar de empurrar, atrasa a história. (BARROSO, 2017, p. 47).

Levando em conta as funções apresentadas, poderemos concluir, ao final, qual a solução do problema proposto no presente artigo, na visão do seu autor.

#### **4 O DEBATE ENTRE HART E DWORKIN QUANTO AO PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ**

Hart e Dworkin protagonizaram um dos debates mais conhecidos na comunidade acadêmica durante o século 20. Segundo Lênio Streck e Francisco Motta (2018), o debate se inicia com a publicação do artigo O modelo de Regras I, publicado por Dworkin em 1967, contendo críticas às principais teses expostas por Hart em “O Conceito de Direito”. Hart, por sua vez, responde às críticas de Dworkin no Pós-Escrito de “O Conceito de Direito”, publicado em 1994, organizado e revisado por Joseph Raz e Penelope Bulloch. Dworkin, ao final, apresenta a sua tréplica em 2004, no ensaio “O Pós-Escrito de Hart e a Questão da Filosofia Política”.

Um dos pontos principais do referido debate girou em torno da existência de um poder discricionário atribuído ao juiz na solução de casos submetidos à sua apreciação. Segundo Streck e Motta (2018, p. 4):

Para o positivismo hartiano, quando a aplicação de regras é duvidosa, ou quando o caso simplesmente não é contemplado por elas, a decisão judicial discricionária cria, de certa forma, novo elemento de legislação. (...) Já para Dworkin, mesmo nesses casos o juiz tem o dever de articular, com os princípios, argumentação que favoreça o direito das partes.

Herbert Lionel Adolphus Hart publicou em 1961 a obra “O Conceito de Direito” considerada por boa parte da comunidade acadêmica como uma das maiores contribuições do século XX para a Teoria Geral do Direito. A obra pode ser considerada um marco na flexibilização do positivismo jurídico de John Austin e Hans Kelsen, ao introduzir o que posteriormente ficou conhecido como positivismo inclusivo. Aqui nos interessa um ponto específico da obra, que trata da incompletude do ordenamento jurídico, da textura aberta do direito e do poder discricionário do juiz. Segundo Hart (2009, p. 166):

Qualquer que seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento, seja o precedente ou a legislação, esses padrões, por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida; terão o que se tem chamado de textura aberta.

Nesta passagem, Hart reconhece que a legislação ou precedente podem ser formados por conceitos abertos, que de alguma forma admitirão valorações diferentes, interpretações diversas e por consequência, eventuais propostas de soluções diversas para problemas similares. É importante registrar que o caráter aberto do texto não decorre necessariamente de um descuido do legislador ou do juiz, mas pode ser propositalmente utilizado pois não se pode prever toda e qualquer situação que ocorrerá no futuro. Ademais, os objetivos do legislador ou do juiz quando da elaboração da norma podem ser imprecisos. Trata-se, portanto, de uma circunstância fática inafastável.

Tivéssemos total controle sobre eventos futuros e objetividade nos propósitos, terminaríamos no que Hart denominou de paraíso dos conceitos do jurista (HART, 2009), que seria alcançado quando fosse possível atribuir a um termo geral o mesmo sentido, não apenas em todas as aplicações de uma única norma, mas também todas as vezes que o termo surgisse em qualquer norma do sistema jurídico.

Para Hart (2009, pp. 176/177),

A textura aberta do direito significa que existem, de fato áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. Entretanto, a vida do direito consiste em grande parte em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares através de normas precisas, que, diversamente das aplicações de padrões variáveis, não lhes exijam uma nova decisão a cada caso. Esse fato evidente da vida social permanece verdadeiro mesmo que possam surgir dúvidas quanto à aplicabilidade de qualquer norma (escrita ou transmitida por precedente) a um caso concreto. Nisso, à margem das normas e nos espaços deixados em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais desempenham uma função normativa que os órgãos administrativos também desempenham nuclearmente, ao elaborar padrões variáveis. Em um sistema no qual o princípio do *stare decisis* seja firmemente reconhecido, essa função dos tribunais se assemelha muito ao exercício, por parte de um órgão administrativo, de poderes normativos delegados.

Em arremate, Hart (2009, p. 176) afirma que:

Todo sistema jurídico deixa em aberto um campo vasto e de grande importância para que os tribunais e outras autoridades possam usar a sua discricionariedade no sentido de tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos, dirimir as incertezas contidas nas leis ou, ainda, ampliar ou restringir a aplicação de normas transmitidas de modo vago pelos precedentes autorizados.

Percebe-se claramente na doutrina de Hart o reconhecimento do poder normativo do juiz, especialmente nos casos de incompletude do ordenamento jurídico ou ainda nas hipóteses em que a textura aberta do direito permite uma margem de discricionariedade para a solução do caso. É importante destacar que Hart observa uma realidade de *common law*, o que não o impediu de reconhecer, da mesma forma, a possibilidade da existência de textos abertos também na legislação e a consequente margem de discricionariedade atribuída ao juiz.

Há quem defenda, entretanto, que a visão de Hart a respeito do poder discricionário do juiz decorre de uma concepção excessivamente simplificada do ordenamento jurídico. Segundo Francisco Brum (2015, p. 75):

Percebe-se que, mesmo defendendo a impossibilidade de decisões arbitrárias, o próprio Hart admite que o juiz possa decidir conforme “suas próprias convicções e valores” (ou seja, claramente um campo aberto para a discricionariedade judicial), sendo nesse momento que parece claro que Hart, mesmo sem ter a intenção expressa e buscando um meio-termo entre o formalismo e o ceticismo das normas – que para ele seria o realismo –, permite ao seu positivismo a simplificação do Direito.

Dworkin, em “Levando os Direitos a Sério” (2002), apresentou, conforme observado por Streck e Motta (2018), severas críticas ao positivismo jurídico e mais especificamente à obra de Hart.

Relativamente ao tema da discricionariedade judicial, Dworkin apresenta sua visão de forma diametralmente oposta àquela anteriormente defendida por Hart. Descreve três acepções a respeito da discricionariedade, sendo duas fracas e uma forte, compreendida a última como a ausência de limitações, ao seu titular, de quaisquer padrões (*standarts*) estabelecidos por outra autoridade (STRECK; MOTTA, 2018).

Naturalmente, o ponto de divergência gira em torno do papel dos princípios em um dado ordenamento jurídico. Segundo Dworkin (2002, p. 54):

Os positivistas sustentam que quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidi-lo mediante a criação de um novo item de legislação (2002, P. 50). Seu objetivo é “examinar essa doutrina e testar sua relação com a nossa análise dos princípios.

Basicamente, Dworkin reconhece o papel dos princípios como limitador da atividade discricionária do juiz, negando a incompletude do ordenamento jurídico e afirmando que a solução para os casos em que: i) não há regra jurídica expressa a ditar a solução ou; ii) quando houver ambiguidade na interpretação da norma, deverá ser encontrada dentro do ordenamento jurídico, mais especificamente, através dos princípios. Não haveria, portanto, espaço para atividade criativa, inspirada em compreensões dissociadas dos princípios e normas estabelecidos pelo ordenamento jurídico, até mesmo aquelas de conteúdo moral.

Hart (2009, p. 351) responde às críticas de Dworkin no Pós-Escrito, publicado em momento posterior à sua morte:

O conflito direto mais contundente entre a teoria do direito exposta neste livro e a de Dworkin emana de minha afirmação que sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar ao caso o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria o direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder. (HART, 2009, p. 351)

Hart procura justificar que o poder de criar o direito por ele reconhecido é diferente do poder legislativo, na medida em que o juiz está sujeito a diversas limitações que restringem a sua escolha. Ademais, como o poder é atribuído para solução de casos específicos, o juiz não pode utilizá-los para promover reformas ou criar códigos. Segundo ele, seus poderes são

intersticiais e sujeitos a muitas restrições substantivas. No entanto, não havendo uma solução predeterminada, o juiz deverá exercer o poder de criar o direito, não de forma arbitrária, mas sim mediante fundamentação. Esse processo inevitavelmente pode gerar soluções diferentes daquelas alcançadas por outros juízes em casos difíceis semelhantes. (HART, 2002)

Reforce-se, aqui, a ideia de que o poder discricionário atribuído ao juiz não consiste em carta branca para fazer o que bem entende. Quando leis ou precedentes parecem imprecisos, ou mesmo silentes, os juízes frequentemente citam princípios gerais, aplicáveis em situações conexas ao caso submetido a decisão. Trata-se aqui no próprio cerne da interpretação construtivista de Dworkin (HART, 2009).

A oportunidade para a criação judicial do direito seria não apenas adiada, mas também eliminada, somente se fosse sempre possível encontrar no direito existente, em todos esses casos, um conjunto único de princípios de ordem hierárquica superior que atribuísse pesos ou prioridades relativas a esses princípios conflitantes a esses princípios hierarquicamente subordinados.” (HART, 2009, p. 355).

Note-se ainda que Hart reconhece a existência dos princípios, incluindo os de natureza moral, desde que sejam válidos conforme a regra de reconhecimento. Ao rebater os argumentos de Dworkin, Hart (2000, p. 323) pontua:

Em primeiro lugar, ignora minha aceitação explícita de que a norma de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos; assim, minha doutrina consiste no que tem sido chamado de “positivismo brando”, soft positivism, e não, como quer a versão de Dworkin, num positivismo dos simples fatos.

Importante registrar, finalmente, que o interpretativismo de Dworkin, que se revela através da importância dos princípios, da integridade do ordenamento jurídico e da teoria que sustenta a existência de apenas uma solução correta para os casos difíceis, não tolera o anarquismo judicial, não faz de Hércules um ativista. Hércules jamais utilizará o poder jurisdicional para substituir o seu julgamento por aquele do legislador quando o tema envolver uma questão política e não de princípio (DWORKIN, 2014). Ele também não é tirano, um usurpador, que, através do poder jurisdicional que lhe é conferido, priva o povo de seu poder democrático (DWORKIN, 2014). Os princípios, portanto, não podem constituir a solução para todo e qualquer problema com o qual o Poder Judiciário se depare.

Após essa brevíssima análise das teorias de Hart e Dworkin, é possível perceber que a discussão sobre incompletude do ordenamento jurídico, abertura do texto legal

e discricionariedade judicial estão presentes, ainda que indiretamente, na teoria de Luís Roberto Barroso.

## 5 A SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Oferecidos: i) o sumário do julgamento da ADO nº 26, do MI nº 4773; ii) o objeto principal da teoria do iluminismo judicial e; iii) o substrato teórico-jurídico quanto ao poder discricionário do juiz, à luz da doutrina de Hart e Dworkin, cumpre-nos avançar para apresentar as soluções que poderiam ser extraídas, a partir das teorias apresentadas.

Para tanto, importante delinear que o centro da discussão envolve a interpretação do art. 5º, incisos XXXIX, XLI e XLII, que estabelecem, respectivamente: i) o princípio da legalidade em matéria penal; ii) que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, e; iii) que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. Finalmente, o art. 1º da Lei Federal nº 7.716/89, que estabelece a punição para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Relativamente ao primeiro dispositivo citado, parece não haver qualquer tipo de ambiguidade nos termos utilizados. Também não há conceitos jurídicos indeterminados. Desta forma, não é possível extrair do dispositivo interpretações diversas que possam servir de substrato para soluções judiciais diversas. Trata-se do paraíso dos juristas. Em outras palavras, há pouca ou nenhuma margem discricionária para o juiz. Casos envolvendo o dispositivo citado deverão ser solucionados da seguinte forma: não havendo norma anterior que preveja determinada conduta como crime e estipule a sua punição, não haverá interferência do Estado-Juiz na esfera penal.

Por sua vez, os artigos 5º, incisos XLI, XLII e o artigo 1º da Lei Federal nº 7.716/89 possuem termos que supostamente poderiam gerar algum tipo de interpretação diversa. Importa aqui o termo racismo, que não está conceituado no corpo da Constituição Federal ou da lei, cabendo ao intérprete avaliá-lo e de acordo com a sua interpretação, identificar se as condutas observadas no mundo dos fatos se encaixariam nele.

É possível que se entenda que o termo racismo empregado na Constituição Federal e na Lei não admite ampla interpretação, considerando tratar-se de termo técnico, amplamente debatido na literatura respectiva, e que não cabe ao Poder Judiciário exercer qualquer tipo de alargamento interpretativo em relação a eles. Segundo essa concepção, o racismo está relacionado tão somente a atitudes discriminatórias baseadas na raça. Por outro lado, é

possível admitir-se interpretações ampliativas do conceito de racismo, a abarcar questões outras que não apenas a atitude discriminatória em razão de um determinado conjunto de características físicas. A chave para a solução da questão está em identificar se, no caso concreto, o termo racismo teria ambiguidade suficiente para provocar múltiplas interpretações, capazes de gerar soluções diversas.

Sendo a resposta positiva, ou seja, havendo a possibilidade de extrair do texto mais de um significado, em juízo discricionário (de certa forma limitado pela expressão contida na lei e pelas demais normas que compõem o ordenamento jurídico) poderia o intérprete optar por ampliar o conceito de racismo para abarcar como tal a atitude discriminatória em razão da orientação sexual de determinado sujeito, ou ainda, outras características sociais. Poderia, portanto, ao final, condenar alguém por uma conduta discriminatória contra homossexuais e transexuais, com base no tipo penal previsto no art. 1º da Lei 7.716/89.

Por outro lado, caso se entenda que o termo racismo não admite ampla interpretação, não haveria qualquer espaço de discricionariedade capaz de permitir ao juiz “escolher” uma solução que lhe parecesse mais adequada. Nesse caso, deve o juiz simplesmente aplicar o art. 5º, XXXIX ao caso concreto, reconhecendo a inexistência de tipo penal específico, impedindo a atuação judicial para reconhecer a homofobia e a transfobia como crime.

No seu voto no plenário da Corte<sup>14</sup>, o Ministro Barroso inicialmente reconheceu a situação de vulnerabilidade dos grupos LGBT no Brasil, que reclama do Estado uma intervenção direta, no sentido de protegê-los em face de agressões indevidas.

Discorreu sobre tudo o quanto foi aqui debatido na seção 4, especialmente sobre o papel do Estado na proteção dos direitos fundamentais, no contexto da atuação do Congresso Nacional no cumprimento do seu mister constitucional de concretização dos mandamentos protetivos previstos na Constituição Federal, e da atuação complementar da Suprema Corte nos casos das omissões do órgão legislativo.

De forma resumida, abordou o item relativo às três funções tradicionalmente exercidas pelas Supremas Cortes em democracias contemporâneas, já citadas no presente trabalho, quais sejam: i) contramajoritária; ii) representativa, e; iii) iluminista.

Prosseguiu seu voto reconhecendo: i) a existência de um mandamento constitucional não cumprido e ii) um direito fundamental não protegido por legislação infraconstitucional. Tal quadro, segundo pensa, reclama atuação da Suprema Corte, na proteção dos direitos fundamentais.

---

<sup>14</sup> A íntegra do voto do Ministro Luís Roberto Barroso não está disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Ao final, adotando o caminho interpretativo mais amplo, já adotado pelo Supremo Tribunal Federal no caso *Ellwanger*, concluiu que a questão deve ser solucionada sob os influxos do iluminismo judicial, na medida em que a situação reclama do Supremo Tribunal Federal uma atuação de vanguarda, onde a Corte deve exercer o papel de locomotiva da história, protegendo os grupos minoritários contra toda e qualquer hipótese de discriminação impeditiva do exercício dos seus direitos fundamentais.

## 6 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou, através da análise da Teoria do Iluminismo Judicial, de Luís Roberto Barroso, e tendo com pano de fundo o debate doutrinário entre Hart e Dworkin a respeito do poder discricionário do juiz, avaliar, do ponto da Teoria Geral do Direito e do Direito Constitucional, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 26, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, e no MI nº 4373, de Relatoria do Ministro Edson Fachin, que tornaram crime a homofobia e a transfobia.

Verificou-se que a chave para solução do caso repousa essencialmente no caráter ambíguo que determinados conceitos utilizados pelo legislador podem ter, do ponto de vista interpretativo. Com efeito, a interpretação dada ao termo racismo, previsto na Constituição Federal e na Lei 7.716/89, é determinante para identificar a solução adequada, permitindo-se ou não uma elasticidade na interpretação da norma a partir da ideia de discricionariedade judicial.

A restrição na interpretação do termo racismo impediria qualquer conclusão judicial ampliativa da caracterização do tipo penal previsto na Lei 7.716/89, e decisões nesse sentido estariam eivadas de vício insuperável, dado que violadoras do princípio da separação dos poderes. Haveria, aqui, odiosa atividade legislativa do Poder Judiciário, incompatível com o Estado Democrático de Direito e com uma democracia constitucional. Nesse sentido, o caminho a ser adotado seria a mera subsunção das normas constitucionais e infraconstitucionais ao caso concreto, no sentido da impossibilidade de criminalização em razão da ausência de tipo penal específico que preveja a conduta e a sua punição. Reconhecida, nessa situação, a mora legislativa, caberia ao Poder Judiciário, conforme estabelecido nos votos vencidos, notificar o Congresso Nacional para que deliberasse sobre o tema, evitando assim uma interferência indevida na atividade essencial do legislador.

Por fim, para Luís Roberto Barroso, havendo ambiguidade na interpretação do dispositivo constitucional ou legal, omissão legislativa e risco aos direitos fundamentais, outra

solução não há que não seja a intervenção da Suprema Corte, sob os influxos iluministas, para garantir a proteção das minorias, enquadrando-se a conduta ao tipo penal do racismo, concebendo-se o racismo como uma forma de discriminação contra qualquer espécie de identificação de determinado grupo, não apenas do ponto de vista biológico, mas também do ponto de vista social.

Com o devido respeito, a ampliação do termo racismo, já estabelecida no HC nº 82.424 e reproduzida nos julgamentos dos casos aqui expostos, não representa, de forma fiel, a abordagem técnica reconhecida pela literatura especializada. A Corte parece ter ampliado artificialmente o conceito de racismo para justificar o afastamento do princípio da legalidade em matéria penal, conferindo fundamento legal para a caracterização do crime.

Com efeito, o IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, fundação autárquica federal, conduz a Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio, que classifica a população brasileira de acordo com a sua cor ou raça. O critério envolve a autodeclaração do entrevistado dentre as seguintes opções: branca, parda, preta, amarela ou indígena. Tecnicamente, não se inclui no quesito raça, qualquer referência à orientação sexual.

O mesmo IBGE divulgou em 2013 relatório denominado Estudos e Análises, Informação Demográfica e Socioeconômica nº 2 – Característica Étnico-Raciais da População – Classificações e Identidades<sup>15</sup>. Segundo o texto, há consenso quanto a ineficácia teórica do conceito biológico de raça. No entanto, sua força pode ser verificada pelo fato de que o conceito apoia-se sobre uma marca natural, visível, transmissível de maneira hereditária. Compreende-se assim raça como uma categoria socialmente construída ao longo da história, a partir de um ou mais signos ou traços culturalmente destacados entre as características dos indivíduos; uma representação simbólica de identidades produzidas desde referentes físicos e culturais. Na utilização desta categoria de análise, não se trata do grupo social cujo fundamento seria biológico, mas de grupo social reconhecido por marcas inscritas no corpo dos indivíduos (cor de pele, tipo de cabelo, estatura, forma do crânio, etc).

Portanto, a solução adotada pela Suprema Corte para solucionar o caso parece ter extrapolado as fronteiras da mera interpretação do texto, para de fato atrair um caráter inovador, característico de uma atividade legislativa, o que termina por gerar, fatalmente, uma interferência indevida do Poder Judiciário numa esfera reservada ao Congresso Nacional. Com efeito, o termo racismo deriva, naturalmente, do conceito de raça, e não se confunde com qualquer hipótese de comportamento discriminatório contra grupos socialmente

---

<sup>15</sup> Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv63405.pdf>.

reconhecidos, como por exemplo, o grupo LGBT, ou ainda qualquer outro grupo, seja ele minoritário ou não. Naturalmente, repito, qualquer hipótese de discriminação merece reprimenda estatal, preservando-se assim o caráter intangível dos direitos fundamentais. A via, no entanto, é o Congresso Nacional e não o Supremo Tribunal Federal.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARBOSA, Cláudia Maria, A juristocracia no Brasil e o Futuro da Constituição, Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, vol. 14, n. 2, 2019.

BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis, vol. 9, n. 4, Rio de Janeiro, 2017.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo, Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. Perspectivas do Discurso Jurídico: argumentação, hermenêutica e cultura. Alejandro Montiel Alvarez, Anderson Vichinkeski Teixeira e Wagner Silveira Feloniuk (organizadores). – Porto Alegre: DM, 2015.

BICKEL, Alexander, The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, The Bobbs-Merrill Company, New York, 1962.

BREWER CARIAS, Allan-Randolph. Constitutional Courts as positive legislators: a comparative law study, Cambridge University Press, 2011.

BRUM, Francisco Vale. Decisão judicial: complexidade, justificação e controle – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

COX, Archibald. The Warren Court, Harvard University Press, Cambridge, 1968.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito, tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios – 3ª Ed. – São Paulo : Martins Fontes – selo Martins, 2014.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo : Martins Fontes, 2002.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito; pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004.

ROACH, Kent, *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, ed. by Brice Dickson, Oxford Press, 2007.

RODRIGUES, Paulo Joaquim da Silva. Os 20 anos do “The Global Expansion of Judicial Power” e as diferentes teorias de Judicialização da Política no Brasil: continuidades e descontinuidades. *Ponto de Vista*, n. 2, agosto de 2015.

STRECK, Lênio Luiz. MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. *Revista Brasileira de Direito*, v. 14, n. 1, 2018.

TATE, C. Neal. *Why The expansion of Judicial Power? The global expansion of judicial power*, edited by C. Neal Tate and Torbjorn Vallinder, New York University Press, 1995.

TOCQUEVILLE, Alexis. *On Democracy*, New York: Knopf, 1945.

VALLINDER, Torbjorn. *When the Courts go Marching In. The global expansion of judicial power*, edited by Neal Tate and Torbjorn Vallinder, New York University Press, 1995.

**Submissão em 23/05/2020 / Aceito em 14/05/2021**