

---

# SEPARAÇÃO DE PODERES E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DAS TEORIAS DE BIELSA, LINARES QUINTANA E BIDART CAMPOS

SEPARATION OF POWERS AND CONSTITUTIONAL JURISDICTION: THE  
ROLE OF BRAZIL'S SUPREME COURT IN LIGHT OF THE THEORIES OF  
BIELSA, LINARES QUINTANA AND BIDART CAMPOS

Ciências Sociais Aplicadas • 07/02/2026

REGISTRO DOI: [10.5281/zenodo.18520088](https://doi.org/10.5281/zenodo.18520088)

---

Stefan Espirito Santo Hartmann<sup>1</sup>

---

## RESUMO

O presente artigo analisa a expansão do protagonismo do Supremo Tribunal Federal brasileiro à luz das teorias constitucionais desenvolvidas por três juristas argentinos: Rafael Bielsa, Segundo V. Linares Quintana e Germán J. Bidart Campos. O estudo examina como os conceitos de separação de poderes, soberania popular, regime constitucional versus regime político, e constituição material versus constituição escrita permitem diagnosticar tensões no arranjo institucional brasileiro contemporâneo. A metodologia adotada consiste em revisão bibliográfica das obras dos autores mencionados, complementada por análise crítica de decisões paradigmáticas do STF. Os resultados demonstram que a judicialização da política e o ativismo judicial brasileiro conflitam com princípios fundamentais defendidos pelos três constitucionalistas, particularmente no que concerne aos limites da jurisdição constitucional em uma democracia. Conclui-se pela necessidade de releitura republicana do papel do STF, com maior deferência ao processo democrático e respeito à separação de poderes.

**Palavras-chave:** Separação de poderes. Jurisdição constitucional. Supremo Tribunal Federal. Ativismo judicial. Constitucionalismo latino-americano.

## ABSTRACT

This article analyzes the expansion of the Brazilian Supreme Court's protagonism in light of constitutional theories developed by three Argentine jurists: Rafael Bielsa, Segundo V. Linares Quintana, and Germán J. Bidart Campos. The study examines how the concepts of separation of powers, popular sovereignty, constitutional regime versus political regime, and material constitution versus written constitution allow for diagnosing tensions in the contemporary

Brazilian institutional arrangement. The methodology consists of bibliographic review of the mentioned authors' works, complemented by critical analysis of paradigmatic decisions of the Supreme Court. Results demonstrate that the judicialization of politics and Brazilian judicial activism conflict with fundamental principles defended by the three constitutionalists, particularly regarding the limits of constitutional jurisdiction in a democracy. The conclusion points to the need for a republican rereading of the Supreme Court's role, with greater deference to the democratic process and respect for the separation of powers.

**Keywords:** Separation of powers. Constitutional jurisdiction. Brazilian Supreme Court. Judicial activism. Latin American constitutionalism.

## 1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo contemporâneo enfrenta desafios significativos relacionados aos limites da jurisdição constitucional e à preservação do equilíbrio entre os poderes do Estado. No Brasil, a expansão do protagonismo do Supremo Tribunal Federal nas últimas décadas suscita questionamentos fundamentais sobre a natureza do regime democrático e os contornos da separação de poderes estabelecidos pela Constituição de 1988.

Este artigo propõe-se a examinar criticamente a atuação do STF à luz das teorias constitucionais desenvolvidas por três juristas argentinos que exerceram profunda influência no pensamento constitucional latino-americano: Rafael Bielsa, Segundo V. Linares Quintana e Germán J. Bidart Campos. Embora provenientes de diferentes períodos históricos e correntes teóricas, esses autores compartilham o compromisso com a compreensão sistemática das

instituições constitucionais e com o desenvolvimento de categorias analíticas rigorosas para o estudo do Estado e da Constituição.

O problema central que orienta esta investigação pode ser assim formulado: em que medida a expansão do protagonismo judicial brasileiro, caracterizada pela judicialização da política e pelo ativismo judicial, encontra fundamento ou confronta os princípios defendidos pelos constitucionalistas argentinos estudados? A hipótese que se pretende demonstrar é que existe tensão significativa entre a prática institucional do STF e os marcos teóricos desenvolvidos por Bielsa, Linares Quintana e Bidart Campos, particularmente no que concerne à separação de poderes e aos limites da jurisdição constitucional.

A justificativa para este estudo reside na necessidade de enriquecer o debate brasileiro sobre o papel do Judiciário com perspectivas teóricas desenvolvidas no contexto latino-americano, que compartilha com o Brasil desafios institucionais semelhantes. A análise comparativa permite identificar categorias conceituais valiosas para o diagnóstico das tensões institucionais brasileiras e para a construção de propostas normativas de reequilíbrio republicano.

O objetivo geral consiste em analisar a atuação do STF à luz das teorias de Bielsa, Linares Quintana e Bidart Campos. Os objetivos específicos incluem: sistematizar as contribuições de cada autor para a compreensão das instituições constitucionais; identificar convergências e divergências entre as três perspectivas teóricas; examinar decisões paradigmáticas do STF à luz dos marcos teóricos estudados; e propor elementos para uma releitura republicana do papel da jurisdição constitucional no Brasil.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

### 2.1. Rafael Bielsa: Estado, Soberania e Divisão de Poderes

Rafael Bielsa (1889-1966), representante do positivismo jurídico da primeira metade do século XX, desenvolve em sua obra "Derecho Constitucional" (1954) uma análise clássica dos elementos constitutivos do Estado, da soberania e da divisão de poderes. Seu enfoque integra perspectivas sociológica, política e jurídica, oferecendo uma visão sistematizada das categorias fundamentais do direito público.

Bielsa distingue entre sociedade e Estado, esclarecendo que o Estado representa uma organização específica dessa sociedade. Os elementos constitutivos essenciais do Estado são: o povo e o território, elementos extrínsecos e visíveis; e o *imperium*, elemento intrínseco, poder ordenador e coativo. O Estado pode ser considerado em dois sentidos: em sentido material, como o povo que constitui uma unidade jurídica dentro de um território determinado; em sentido formal, como organização jurídica da sociedade, conjunto de instituições dentro de um ordenamento político e administrativo (BIELSA, 1954).

A soberania é definida por Bielsa como uma *potestad* que está sobre toda outra autoridade dentro do Estado. São caracteres essenciais da soberania: a exclusividade, ou seja, a existência de um poder público sobre todo outro no Estado; e a unidade, pois não há mais que uma soberania, sendo ela indivisível. A soberania originária reside no povo, mas esta se converte em atual quando esse povo se dá uma Constituição.

O verdadeiro princípio de separação dos poderes, segundo Bielsa, não é uma questão funcional, nem moral, nem econômica, senão uma questão de atribuição jurídica com relação ao poder público. Os atos de um poder não estão sujeitos à autoridade do outro, senão ao ordenamento jurídico que a Constituição estabeleceu. No sistema republicano, os poderes constitucionais são três: o legislativo, o executivo e o judicial, cada um com esfera de supremacia em sua competência material.

## **2.2. Segundo V. Linares Quintana: Forma de Governo, Forma de Estado e Regime Político**

Segundo V. Linares Quintana (1912-1987), em seu monumental "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado" (1976), empreende um esforço de delimitação conceitual entre categorias frequentemente confundidas. Sua obra reflete a consolidação da ciência política como disciplina autônoma e a busca por maior rigor metodológico nos estudos constitucionais.

Linares Quintana enfatiza que nos últimos tempos intensificou-se a tendência de cientificar ao máximo a ciência política e constitucional, procurando lograr a maior precisão possível na determinação dos conceitos e sua correspondente terminologia. Estado e Governo são termos distintos que não podem ser confundidos. O Estado é a comunidade política integralmente considerada, constituindo a *persona* coletiva da sociedade política e o sujeito ativo da soberania. O governo é a organização específica do poder constituído no e pelo Estado (LINARES QUINTANA, 1976).

Distinção fundamental é estabelecida entre regime constitucional e regime político. Regime constitucional refere-se ao normado pela

Constituição, enquanto regime político expressa a realidade política efetiva. Com raras exceções, o regime político efetivamente em vigência não reproduz senão de maneira infiel o modelo escrito no texto da Constituição. Pode ocorrer que o processo político que se desenvolve em uma comunidade se aparte dos cauces delimitados pela Constituição.

### **2.3. Germán J. Bidart Campos: Constituição Material e Constituição Escrita**

Germán J. Bidart Campos oferece em sua "Filosofía del Derecho Constitucional" uma abordagem inovadora baseada no conceito de "reparto" (distribuição). O *reparto constituyente* é a distribuição suprema de poder realizada pelo autor da constituição (poder constituinte), que estabelece um mandamento geral superior. Implica um "dever ser real" que necessita de obediência para manter sua completude e vigência (BIDART CAMPOS, s.d.).

A constituição material é a constituição real, verdadeira e efetivamente vigente de um Estado, situada no plano da realidade e das condutas. É sempre normativa e atual, presente no "aqui e agora". Todo Estado necessariamente possui uma constituição material. A constituição escrita são normas constitucionais codificadas e sistematizadas em um texto único. Pode estar ou não em vigência, dependendo de sua correspondência com a constituição material.

Bidart Campos identifica três tipos de mutações constitucionais, transformações reais na constituição material sem modificação do texto escrito: mutação por adição (novos conteúdos incorporados via costume); mutação por subtração (desuso retira vigência de normas

escritas); e desconstitucionalização (a constituição escrita perde vigência e é substituída por outra constituição material distinta ou oposta). Os conteúdos pétreos são elementos constitucionais enraizados na tradição histórica, com continuidade no *devenir* histórico, que conferem estabilidade e identidade ao regime político.

### **3. METODOLOGIA**

A pesquisa adota abordagem qualitativa, de natureza teórico-bibliográfica, com análise documental complementar. Quanto aos objetivos, classifica-se como exploratória e descritiva, buscando aprofundar a compreensão de conceitos e categorias desenvolvidos pelos autores estudados e descrevendo sua aplicação ao contexto institucional brasileiro.

As fontes primárias consistem nas obras dos três constitucionalistas argentinos: "Derecho Constitucional" de Rafael Bielsa (1954), "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado" de Segundo V. Linares Quintana (1976), e "Filosofía del Derecho Constitucional" de Germán J. Bidart Campos. Como fontes secundárias, utilizou-se literatura especializada sobre jurisdição constitucional, ativismo judicial e separação de poderes no contexto brasileiro.

O procedimento metodológico envolveu três etapas: fichamento e síntese das obras dos autores estudados, com identificação de categorias conceituais fundamentais; análise comparativa das três perspectivas teóricas, identificando convergências e divergências; e aplicação dos marcos teóricos à análise crítica de decisões paradigmáticas do STF, verificando em que medida a prática

institucional brasileira corresponde ou contrasta com os princípios defendidos pelos autores.

## **4. RESULTADOS E DISCUSSÃO**

### **4.1. A Separação de Poderes e a Soberania Popular: o Confronto com Bielsa**

Rafael Bielsa é categórico ao afirmar que o verdadeiro princípio de separação dos poderes não é uma questão funcional, nem moral, nem econômica, mas sim uma questão de atribuição jurídica com relação ao poder público. Esta concepção pressupõe que cada poder possui uma esfera de supremacia em sua competência material, embora nenhum deles seja supremo no governo ou no Estado.

Ao aplicar esta teoria à realidade brasileira contemporânea, constata-se flagrante incongruência. O STF tem sistematicamente ultrapassado os limites da atribuição jurídica que lhe foi conferida pela Constituição de 1988. Enquanto Bielsa estabelece que o poder judicial deve julgar conforme o ordenamento constitucional e legal, sem substituir-se aos demais poderes, o Supremo brasileiro tem atuado como verdadeiro legislador positivo, criando normas onde há lacunas, e como administrador público, determinando políticas públicas e alocação de recursos orçamentários.

A teoria da soberania desenvolvida por Bielsa também é relevante para esta análise. O autor argentino sustenta que a soberania originária reside no povo, convertendo-se em soberania atual quando o povo se dá uma Constituição. Esta soberania manifesta-se através de representantes eleitos, e o sistema republicano caracteriza-se pela duração limitada nos cargos representativos e pela divisão dos poderes. Os ministros do STF não são eleitos pelo

povo, não possuem mandato temporário e não respondem politicamente por suas decisões. Quando substituem o legislador eleito, esvaziam o conteúdo democrático da soberania popular.

Exemplos concretos ilustram esta distorção. Na decisão sobre a criminalização da homofobia (ADO 26<sup>2</sup> e MI 4733<sup>3</sup>), o STF equiparou a discriminação por orientação sexual ao crime de racismo, suprindo omissão legislativa através de interpretação extensiva. Embora a decisão tenha inegável mérito na proteção de direitos fundamentais, representa criação de tipo penal por via judicial, violando o princípio constitucional da reserva legal. Na formulação de Bielsa, esta decisão representa um ato do poder judicial que invadiu a atribuição jurídica do poder legislativo.

#### **4.2. Regime Constitucional Versus Regime Político: o Diagnóstico de Linares Quintana**

A distinção estabelecida por Linares Quintana entre regime constitucional e regime político oferece chave interpretativa fundamental para compreender o fenômeno do ativismo judicial brasileiro. O regime constitucional brasileiro, tal como desenhado na Carta de 1988, estabelece sistema de freios e contrapesos no qual o Poder Judiciário exerce controle de constitucionalidade, mas não substitui os demais poderes na formulação de políticas públicas.

O regime político efetivo, contudo, transformou o STF em espécie de "terceira câmara legislativa" e em instância recursal de todas as grandes questões nacionais. A ordem constitucional formal estabelece tripartição de poderes independentes e harmônicos (art. 2º, CF/88<sup>4</sup>). A ordem política efetiva revela um Supremo Tribunal

Federal hipertrofiado, que concentra poder desproporcional e atua sem os controles democráticos aplicáveis aos demais poderes.

Esta divergência entre regime constitucional e regime político não é, em si mesma, patológica. Linares Quintana reconhece que toda constituição convive com certa distância entre o modelo normativo e a prática institucional. O problema surge quando esta distância é tão significativa que compromete os próprios fundamentos do regime. No caso brasileiro, o protagonismo do STF alterou profundamente o equilíbrio de poderes sem que houvesse correspondente emenda constitucional. Trata-se de mutação constitucional não autorizada pelo poder constituinte.

### **4.3. Constituição Material e Mutações Constitucionais: a Perspectiva de Bidart Campos**

A teoria de Bidart Campos sobre a relação entre constituição material e constituição escrita oferece aparato conceitual apropriado para analisar a atuação do STF. Aplicando esta teoria ao contexto brasileiro, constata-se que a constituição material brasileira contemporânea atribui ao STF papel muito mais expansivo do que aquele previsto na constituição escrita de 1988.

A questão crucial é determinar se esta divergência constitui mutação constitucional legítima ou desconstitucionalização. Poder-se-ia argumentar que o Brasil desenvolveu, nos últimos 35 anos, uma tradição de protagonismo judicial que se tornou conteúdo pétreo implícito da ordem constitucional. O controle de constitucionalidade forte, a interpretação extensiva de direitos fundamentais e a intervenção judicial em políticas públicas teriam se consolidado como elementos da constituição material brasileira.

Esta argumentação, contudo, esbarra em objeção fundamental da própria teoria de Bidart Campos. O autor argentino sustenta que os conteúdos pétreos enraizados na tradição conferem estabilidade e identidade ao regime político, e sua supressão ou alteração essencial é ilegítima. Mas qual é a identidade do regime constitucional brasileiro? A Constituição de 1988 foi promulgada como reação ao regime autoritário, com ênfase na redemocratização, na separação de poderes e no protagonismo do Congresso Nacional. A tradição que deve ser preservada é a tradição democrática e republicana, não o protagonismo de uma elite judicial não eleita.

#### **4.4. Os Limites Democráticos do Controle de Constitucionalidade**

A análise das três teorias estudadas converge para questão fundamental: quais são os limites democráticos do controle de constitucionalidade? Bielsa, Linares Quintana e Bidart Campos, cada um à sua maneira, reconhecem a importância da jurisdição constitucional, mas também estabelecem balizas que circunscrevem a atuação judicial. Bielsa insiste na atribuição jurídica específica de cada poder. Linares Quintana distingue função jurisdicional de função política. Bidart Campos vincula a legitimidade da constituição à sua correspondência com a vontade do constituinte e com a tradição histórica do regime.

A judicialização da política brasileira atingiu níveis preocupantes. O STF decidiu sobre: possibilidade de aborto de fetos anencéfalos; união homoafetiva e sua equiparação ao casamento; modelo de financiamento de campanhas eleitorais; definição de critérios para demarcação de terras indígenas; interrupção de mandatos parlamentares por infidelidade partidária; extensão de benefícios previdenciários não previstos em lei; e tantos outros temas de nítido

conteúdo político e valorativo. Em muitos destes casos, o Supremo não se limitou a aplicar a Constituição, mas efetivamente a criou ou recriou mediante interpretação criativa.

Os três autores estudados, embora de diferentes perspectivas teóricas, concordariam que existe tensão irresolúvel entre jurisdição constitucional e democracia. A solução republicana clássica para esta tensão consiste em: limitar a jurisdição constitucional ao controle de violações manifestas da Constituição; exigir fundamentação rigorosa das decisões judiciais, vedando argumentos consequencialistas que disfarçam escolhas políticas; reconhecer margem de apreciação dos poderes eleitos em questões sobre as quais a Constituição não oferece resposta unívoca; e prestigiar o princípio democrático nas situações de dúvida interpretativa.

## **5. CONCLUSÃO**

A análise da atuação do Supremo Tribunal Federal à luz das teorias de Bielsa, Linares Quintana e Bidart Campos conduz a diagnóstico inequívoco: a expansão do protagonismo judicial brasileiro, em sua configuração atual, vai de encontro aos princípios fundamentais defendidos pelos três constitucionalistas argentinos. Bielsa veria violação sistemática da atribuição jurídica específica de cada poder. Linares Quintana identificaria divórcio preocupante entre regime constitucional formal e regime político efetivo. Bidart Campos diagnosticaria mutação constitucional não autorizada que compromete a identidade histórica do regime democrático inaugurado em 1988.

Esta conclusão não implica defender a extinção ou enfraquecimento do controle de constitucionalidade. A jurisdição constitucional é conquista civilizatória e garantia essencial do Estado Democrático de Direito. O que se questiona é a extensão desmesurada e os métodos duvidosos empregados pelo STF em sua atuação recente. É necessário distinguir controle de constitucionalidade legítimo, que protege direitos fundamentais e preserva a supremacia da Constituição, de ativismo judicial ilegítimo, que substitui escolhas democráticas por preferências judiciais.

Reconhece-se que parte do ativismo judicial brasileiro responde a disfunções estruturais dos demais poderes. O Congresso Nacional frequentemente omite-se diante de temas politicamente custosos, preferindo transferir ao Judiciário o ônus de decisões impopulares. Contudo, esta compreensão sociológica do fenômeno não o torna normativamente aceitável. Em uma República democrática, a omissão ou a ineficiência dos poderes eleitos deve ser enfrentada pelo mecanismo republicano por excelência: a responsabilização eleitoral.

As teorias de Bielsa, Linares Quintana e Bidart Campos oferecem elementos para construção de paradigma alternativo, baseado em compreensão republicana do papel do Judiciário. Neste paradigma: o STF deve exercer controle de constitucionalidade rigoroso, mas limitado à verificação de compatibilidade entre leis e Constituição; em questões moralmente controvertidas, deve-se reconhecer primazia do processo democrático; a interpretação constitucional deve guiar-se por métodos jurídicos, não por argumentos consequencialistas; deve-se respeitar a margem de apreciação dos poderes eleitos; e a separação de poderes deve ser levada a sério como princípio estruturante do regime republicano.

Conclui-se que o debate contemporâneo sobre o papel do STF beneficiar-se-ia enormemente de releitura das teorias clássicas do direito constitucional latino-americano. Suas teorias não são relíquias de museu, mas instrumentos analíticos valiosos para diagnosticar patologias institucionais e propor soluções normativas. A democracia brasileira contemporânea precisa reencontrar o equilíbrio republicano entre jurisdição constitucional necessária e respeito devido ao processo democrático.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIDART CAMPOS, Germán J. *Filosofía del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: EDIAR - Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, [s.d.].

BIELSA, Rafael. *Derecho Constitucional*. 2. ed. aumentada. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1954.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1976.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Juiz Federal Substituto na Quarta Região. E-mail: [acesse o artigo original para visualizar o e-mail](#)

<sup>2</sup> E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS,

TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 – INVIABILIDADE DA FORMULAÇÃO, EM SEDE DE PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DE PEDIDO DE ÍNDOLE CONDENATÓRIA FUNDADO EM ALEGADA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, EIS QUE, EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PERFIL OBJETIVO, NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS OU INTERESSES SUBJETIVOS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS

QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TRATAMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOERÓTICA EM NOSSO PAÍS: “O AMOR QUE NÃO OUSA DIZER O SEU NOME” (LORD ALFRED DOUGLAS, DO POEMA “TWO LOVES”, PUBLICADO EM “THE CHAMELEON”, 1894, VERSO ERRONEAMENTE ATRIBUÍDO A OSCAR WILDE) – A VIOLÊNCIA CONTRA INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ OU “A BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO” (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): UMA INACEITÁVEL (E CRUEL) REALIDADE CONTEMPORÂNEA – O PODER JUDICIÁRIO, EM SUA ATIVIDADE HERMENÊUTICA, HÁ DE TORNAR EFETIVA A REAÇÃO DO ESTADO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBTI+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O

PROSELITISMO (ADI 2.566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA – O CARÁTER HISTÓRICO DO DECRETO Nº 119-A, DE 07/01/1890, EDITADO PELO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA, QUE APROVOU PROJETO ELABORADO POR RUY BARBOSA E POR DEMÉTRIO NUNES RIBEIRO – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO. PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL – Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de

racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO – Os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica. Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie. AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA

EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL – O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

#### COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL ENTRE A REPRESSÃO PENAL À HOMOTRANSFOBIA E A INTANGIBILIDADE DO PLENO EXERCÍCIO

DA LIBERDADE RELIGIOSA – A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a

hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. TOLERÂNCIA COMO EXPRESSÃO DA “HARMONIA NA DIFERENÇA” E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, POR REVESTIR-SE DE CARÁTER ABRANGENTE, ESTENDE-SE, TAMBÉM, ÀS IDEIAS QUE CAUSEM PROFUNDA DISCORDÂNCIA OU QUE SUSCITEM INTENSO CLAMOR PÚBLICO OU QUE PROVOQUEM GRAVE REJEIÇÃO POR PARTE DE CORRENTES MAJORITÁRIAS OU HEGEMÔNICAS EM UMA DADA COLETIVIDADE – As ideias, nestas compreendidas as mensagens, inclusive as pregações de cunho religioso, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando mudanças, superando imobilismos e rompendo paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais. O verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de expressão consiste não apenas em garantir o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, em proteger o direito dos que sustentam ideias (mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas) que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade. O caso “United States v. Schwimmer” (279 U.S. 644, 1929): o célebre voto vencido (“dissenting opinion”) do Justice OLIVER WENDELL HOLMES JR.. É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento – e, particularmente, o pensamento religioso – não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias, especialmente as de natureza confessional, possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a

instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções antagônicas, a concretização de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: o respeito ao pluralismo e à tolerância. – O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele.

A QUESTÃO DA OMISSÃO NORMATIVA E DA SUPERAÇÃO TEMPORAL IRRAZOÁVEL NA IMPLEMENTAÇÃO DE ORDENS CONSTITUCIONAIS DE LEGISLAR. A INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO DIRETA POR OMISSÃO NA COLMATAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. Doutrina. Precedentes (ADI 1.458- -MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). – Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos

interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade. – A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional. Doutrina. Precedentes do STF. (ADO 26, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13-06-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020)

<sup>3</sup> EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. 1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual. 3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, deduz-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandato constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de

justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. 5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. 6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. (MI 4733, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13-06-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 28-09-2020 PUBLIC 29-09-2020)

<sup>4</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.