



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

HENRIQUE BRED A FOLTZ CAVALCANTI

**O POLITICA E O JURIDICAMENTE CORRETO:
ANÁLISE JURÍDICA DAS CONTROVÉRSIAS DE *SOUTH
PARK***

Salvador, 2021

HENRIQUE BRED A FOLTZ CAVALCANTI

**O POLITICA E O JURIDICAMENTE CORRETO:
ANÁLISE JURÍDICA DAS CONTROVÉRSIAS DE *SOUTH
PARK***

Versão provisória da dissertação apresentada ao curso de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado) em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Daniel Oitaven Pamponet Miguel

Salvador

2021

Dados internacionais de catalogação-na-publicação

C376 Cavalcanti, Henrique Breda Foltz
O política e o juridicamente correto: análise jurídica das controvérsias de *South Park* / por Henrique Breda Foltz Cavalcanti. – 2021.
149 f.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Oitaven Pamponet Miguel.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2021.

1. Politicamente correto. 2. Racismo. 3. Homofobia. 4. Rodeios. 5. Igualdade de gênero. I. Miguel, Daniel Oitaven Pamponet. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 347.05

TERMO DE APROVAÇÃO

HENRIQUE BRED A FOLTZ CAVALCANTI

**O POLITICA E O JURIDICAMENTE CORRETO:
ANÁLISE JURÍDICA DAS CONTROVÉRSIAS DE *SOUTH
PARK***

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito na Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Daniel Oitaven Pamponet Miguel

Titulação e instituição: Doutor - Universidade Federal da Bahia

Nome: Saulo José Casali Bahia

Titulação e instituição: Doutor - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Nome: Marcus Seixas Souza

Titulação e instituição: Doutor - Universidade Federal da Bahia

Salvador, 23/02/2021

RESUMO

A presente dissertação se propõe a analisar as inter-relações entre as polêmicas exploradas pelo seriado norte-americano *South Park* e decisões judiciais no Brasil, relacionando-as com a mentalidade pregada pelo assim chamado pensamento “politicamente correto”. Ao todo serão abordadas sete decisões, a saber: o provimento liminar e a sentença de mérito exarados pelo juiz federal Waldemar Cláudio de Carvalho na Ação Popular 101189-79.2017.4.01.3400, referente a assim chamada “cura gay”; o julgamento no Supremo Tribunal Federal do caso Ellwanger, no qual um editor de livros gaúcho foi acusado de racismo por divulgar obras de conteúdo antissemita; a criminalização pelo STF dos atos de homofobia e transfobia, equiparando-os ao crime de racismo para fins penais; a declaração de inconstitucionalidade, pela Suprema Corte, da prática cultural nordestina da vaquejada; a decisão da juíza Caroline Santos Lima que determinou às boates e casas noturnas de Brasília que se abstivessem de cobrar preços diferenciados para o ingresso de homens e mulheres em seus recintos; e a decisão da 1ª Turma do STF que considerou inconstitucionais os dispositivos do Código Penal brasileiro que criminalizam o aborto consentido. Ao fim, conclui-se que o pensamento politicamente correto vem interferindo de forma indevida nos julgamentos proferidos pela Justiça brasileira.

Palavras-chave: politicamente correto; cura gay; racismo; homofobia; vaquejada; igualdade de gênero; aborto.

ABSTRACT

The present dissertation proposes to analyze the interrelationships between the controversies explored by the North American series *South Park* and judicial decisions in Brazil, relating them to the mentality preached by the so-called “political correctness” thinking. Altogether, seven decisions will be addressed, namely: the preliminary injunction and the merit award issued by federal judge Waldemar Cláudio de Carvalho in Popular Action 101189-79.2017.4.01.3400, referring to the so-called “gay cure”; the trial at the Supreme Court of the Ellwanger case, in which a *gaúcho* editor was accused of racism for publishing works with anti-Semitic content; the Supreme Court’s criminalization of homophobia and transphobia, equating them with the felony of racism for criminal purposes; the Supreme Court’s declaration of unconstitutionality of the northeastern cultural practice of *vaquejada*; the decision of judge Caroline Santos Lima, who ordered night clubs in Brasília to refrain from charging differentiated prices for the admission of men and women to their premises; and the decision of the 1st Panel of the Supreme Court that ruled the provisions of the Brazilian Penal Code that criminalize consented abortion to be unconstitutional. In the end, we conclude that politically correct thinking has been unduly interfering in verdicts rendered by the Brazilian Justice.

Keywords: political correctness; gay cure; racism; homophobia; *vaquejada*; gender equality; abortion.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABGLT	Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros
ABRASEL	Associação Brasileira de Bares e Restaurantes
ANPAF	Associação Nacional de Procuradores Federais
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIn	ação direta de inconstitucionalidade
ADO	ação direta de inconstitucionalidade por omissão
ADPF	arguição de descumprimento de preceito fundamental
AGU	Advocacia-Geral da União
ANPAF	Associação Nacional de Procuradores Federais
CID	Cadastro Internacional de Doenças
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPI	comissão parlamentar de inquérito
CFP	Conselho Federal de Psicologia
CF	Constituição Federal
DEM	Democratas
EC	Emenda Constitucional
FBI	Federal Bureau of Investigation
FDA	Food and Drug Administration
HC	<i>habeas corpus</i>
LGBT	lésbicas, gays, bissexuais e travestis
MI	mandado de injunção
MS	mandado de segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONG	organização não-governamental
PETA	People for the Ethical Treatment of Animals

PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PPS	Partido Popular Socialista
Procon	Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
PSC	Partido Social Cristão
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PT	Partido dos Trabalhadores
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
Senacon	Secretaria Nacional do Consumidor
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 A CONTROVÉRSIA SOBRE A “CURA GAY”	9
2.1 <i>CARTMAN É UM IDIOTA</i>	9
2.2 CONTEXTO DE DESCOBERTA X CONTEXTO DE JUSTIFICAÇÃO	13
2.2.1 Joaquim Barbosa e a criação de novos Tribunais Regionais Federais	15
2.2.2 Gilmar Mendes e a cassação da chapa Dilma-Temer	18
2.2.3 Eduardo Cunha e o <i>impeachment</i> de Dilma	20
2.3 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A “CURA GAY”	23
2.3.1 A decisão liminar	25
2.3.2 A sentença de mérito	32
3 CRIMINALIZAÇÃO DA INTOLERÂNCIA: ANTISSEMITISMO, RACISMO E HOMOFOBIA	41
3.1 ANTISSEMITISMO EM <i>SOUTH PARK</i>	41
3.2 O CASO ELLWANGER	43
3.2.1 Considerações sobre o crime de racismo e seu regramento constitucional	46
3.2.2 Uma visão originalista	48
3.2.3 A mutação (in)constitucional	49
3.2.4 Delimitação constitucional da abrangência do crime de racismo	51
3.2.4.1 Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais	51
3.2.4.2 A inconstitucionalidade das alterações ocorridas na Lei Caó	55
3.2.5 Outras questões debatidas no julgamento	58
3.2.6 Conclusões e legado	61
3.3 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA	64
3.3.1 Omissões inconstitucionais e sua evolução na jurisprudência do STF	66
3.3.2 A mora legislativa	69
3.3.2.1 Um ilícito necessariamente penal?	71
3.3.2.2 A solução mais ponderada	72

4 O STF E A VAQUEJADA	77
4.1 <i>SOUTH PARK</i> E OS ANIMAIS	77
4.2 ADIN 4.983	81
4.2.1 Visões antagônicas sobre o assunto	83
4.2.2 Um conflito apenas aparente	89
4.4 A REAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL	92
5 IGUALDADE DE GÊNERO	94
5.1 MACHISMO E OBJETIFICAÇÃO DA MULHER EM CASAS NOTURNAS	94
5.2 O STF E O ABORTO	106
5.2.1 Ofensa à autonomia da mulher	111
5.2.2 O teste de proporcionalidade	115
6 CONCLUSÕES	126

1 INTRODUÇÃO

A dissertação a seguir tem como **objetivo geral** analisar, à luz do direito brasileiro, as seguintes questões ideologicamente controversas exploradas pela *sitcom* norte-americana *South Park*: racismo, intolerância, igualdade de gênero, aborto, direitos dos animais e questões LGBT.

South Park é uma animação voltada para o público adulto por conta do palavreado chulo empregado pelas personagens e, não menos, dos temas de cunho adulto abordados pelas tramas dos episódios. Os assuntos que permeiam as críticas ácidas e satíricas do humor de *South Park* são motivo de debate no meio jurídico há algumas (ou, em alguns casos, incontáveis) gerações.

A noção de liberdade de expressão, por exemplo, remonta aos tempos da Grécia Antiga e vem sendo cada vez mais questionada nos dias atuais no que diz respeito aos seus limites no âmbito do discurso político, especialmente devido à ascensão de partidos e movimentos neonazistas na Europa. Falar em nazismo, por sua vez, remete também a racismo e antissemitismo, ambos personificados em *South Park* na figura do antagonista Eric Cartman e suas implicações com o colega judeu Kyle Broflovski.

Nenhum desses temas é estranho ao direito brasileiro. Em 2004, o Supremo Tribunal Federal (STF) debruçou-se sobre o caso Ellwanger, o qual girava em torno da publicação de obras de cunho racista e/ou antissemita por um editor gaúcho. A decisão final, desfavorável ao réu, foi louvada como “inestimável contribuição” pelo ex-ministro Celso Lafer (2004a, p. 1). Quase vinte anos depois, a Suprema Corte voltou a se posicionar sobre uma questão sensível do ponto de vista das minorias ao entender pela equiparação da homofobia a racismo, provocando a reação de parlamentares da ala conservadora no Congresso Nacional.

Os pleitos jurídicos de grupos autodeclarados oprimidos pela sociedade ocidental são criticados por Ives Gandra Martins (2008, p. 1-2) e por vezes se entrelaçam com a noção do politicamente correto, que pode ser definido em sumatense como o cânone segundo o qual certas ideias, palavras e pensamentos não devem

ser verbalizados de certa forma, ou simplesmente não devem ser verbalizados no geral, devido à perspectiva de que venham a ofender certos grupos sociais¹.

O pensamento PC combinava duas ideias básicas: do marxismo, como já foi dito, ele absorveu a ideia de que o mundo dividia-se em “classes” antagônicas (já não apenas duas e já não mais definidas em termos exclusivamente socioeconômicos) [...].

[...]

Assim surgiram as chamadas “políticas de identidade”, segundo as quais as pessoas já não seriam classificadas como indivíduos, mas como representantes de determinada classe, raça, gênero ou tribo. A pergunta “quem é você?” já não seria respondida com “eu sou fulano de tal” e ponto, mas com “eu sou fulano de tal, afro-americano, do sexo masculino”, ou “eu sou sicrana, latina, do sexo feminino e bissexual” (GORDON, 2020, p. 120).

Todos esses embates acabam mais cedo ou mais tarde sendo levados aos tribunais, geralmente em casos que envolvem humoristas, como relata Carlos Affonso Pereira de Souza (2015, p. 1-8), uma vez que seu ofício eventualmente os conduz a dizer algo ofensivo a alguém.

Dessa forma, é perfeitamente possível traçar uma relação entre *South Park* e o direito, na medida em que este, de forma análoga ao rei Midas, possui a propriedade de converter em jurídicos todos os temas trazidos até ele, nas palavras de Miguel Reale (2002, p. 22). E não é diferente com as controvérsias que servem de combustível inflamável para o desenho.

Na esteira das lições de Peter Berger sobre o uso do “cômico como arma”, Brian Anderson (2005, p. 163) afirma que *South Park* preenche os quatro critérios listados para tanto pelo sociólogo: “fantasia (geralmente grotesca), uma firme tomada de posição moral, um objeto de ataque e um propósito educacional” (*tradução do autor*).

Diante desse panorama, assume-se – o que se **justifica**, no plano **teórico**, pela existência de uma lacuna na literatura nacional sobre a inter-relação específica entre o direito brasileiro e a temática de *South Park* e, no plano **social**, por ser atualmente possível observar a interferência da mentalidade politicamente correta na

¹ Por outro lado, há quem sustente, como Moira Weigel (2018, p. 1) que o politicamente correto simplesmente não existe e que seus detratores na verdade o utilizam como uma espécie de espantalho para auferir dividendos políticos.

fundamentação de decisões judiciais no Brasil – o seguinte **problema de pesquisa**: a Justiça brasileira vem tomando decisões corretas e ponderadas em casos que envolvem temas polêmicos explorados por *South Park*?

A investigação ora realizada consiste em **pesquisa teórica, qualitativa**, com uso de casos concretos, que utiliza o **procedimento metodológico da análise de conteúdo bibliográfico** e assume a seguinte **hipótese** de trabalho: há uma crescente influência do pensamento politicamente correto sobre decisões judiciais no Brasil, que acabam por revelar um contraste entre as opiniões de setores majoritários da sociedade brasileira e aquelas professadas por grupos minoritários, os quais vêm encontrando guarida no Judiciário.

Por politicamente correto geralmente entende-se uma ideia ou movimento segundo o qual certos aspectos da vida em sociedade, em especial a linguagem, devem ser moldados de forma a não ofender ou estigmatizar os integrantes das chamadas minorias historicamente oprimidas (GORDON, 2020, p. 120-121). Este trabalho não pretende se engajar em maiores discussões sobre o significado do termo, limitando-se a apontar a presença de pensamentos e posicionamentos pró-minorias em decisões judiciais no Brasil.

O teste da hipótese acima formulada envolverá a assunção de um **referencial teórico** cujo cerne é composto pelos seguintes elementos: 1) a transposição da distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação, popularizada por Reichenbach (1970), ao âmbito da tomada de decisão judicial, tendência iniciada por Wasserstrom (1961, p. 25-30) e difundida por autores como Golding (2010) e Oitaven (2016); 2) o modelo de ponderação de princípios jurídicos de Alexy (2001) para o controle de constitucionalidade das leis; 3) a delimitação entre o código jurídico e o código político nas decisões judiciais, conforme mobilizada por Cavalcante Filho (2018) com inspiração na teoria do sistemas de Luhmann (2016, p. 344-348); 4) o método de interpretação constitucional originalista – expressão que se costuma atribuir a Brest (1980) – nos moldes concebidos por Bork (1985); 5) a doutrina de Barroso (2012) sobre a ponderação de princípios constitucionais colidentes; e 6) o raciocínio de Sacramento (2018) acerca da discricionariedade epistêmica em casos envolvendo desacordos morais razoáveis.

A dissertação se estrutura em cinco Capítulos. Senão, vejamos:

O primeiro Capítulo abordará a controvérsia referente à “cura gay”, com ênfase em duas decisões judiciais distintas do mesmo juízo no Brasil e perpassando a distinção entre os contextos de descoberta e de justificação.

O segundo Capítulo discutirá a questão do antissemitismo e o caso Ellwanger, com destaque para o princípio da anterioridade da lei penal, a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, a liberdade de expressão e a ocorrência de uma “mutação inconstitucional”.

O terceiro Capítulo analisará a criminalização da homofobia e transfobia, equiparadas ao crime de racismo por decisão do Supremo Tribunal Federal, com enfoque na síndrome de inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada e nas providências anteriormente adotadas pela jurisprudência do STF para enfrentar situações afins.

O quarto Capítulo versa sobre a proibição da vaquejada no Brasil pela Suprema Corte, com foco no aparente conflito entre os princípios constitucionais da proteção ao meio ambiente e da preservação das manifestações culturais do povo brasileiro.

O quinto Capítulo trata de questões atinentes à igualdade de gênero e subdivide-se em dois temas, a saber: a cobrança de valores diferenciados para ingresso de homens e mulheres em estabelecimentos do setor de lazer, com foco no Direito do Consumidor; e a decisão da 1ª Turma do STF que em 2016 afastou a criminalização do aborto no Brasil até o primeiro trimestre de gestação, com ênfase na ponderação de princípios constitucionais.

Dessa forma, na esteira do exposto acima, em todos os Capítulos é feita uma associação entre a problemática em questão e a moral exibida por *South Park* e pela decisão judicial em análise a respeito da mesma. Ao final de cada um deles, emite-se um juízo sobre o acerto ou não da(s) decisão(ões), com base na fundamentação desenvolvida pelo autor ao longo do Capítulo. Busca-se, ainda, verificar possíveis interferências do politicamente correto em cada veredito alcançado.

2 A CONTROVÉRSIA SOBRE A “CURA GAY”

O presente Capítulo abordará a controvérsia existente na sociedade contemporânea a respeito da possibilidade de uma “cura gay”, isto é, a ideia de se converter homossexuais em heterossexuais por meio de terapias.

A Seção 2.1 relatará o enredo do episódio *Cartman é um idiota*, cuja trama gira em torno da referida temática. A Seção 2.2, por sua vez, apresentará a distinção entre os contextos de descoberta e justificação no mundo jurídico, a fim de que o leitor possa compreender como decisões aparentemente inofensivas nos autos podem suscitar preocupações quanto a suas implicações práticas. Finalmente, a Seção 2.3 examinará os detalhes das decisões judiciais proferidas pelo juiz Waldemar Cláudio de Carvalho sobre a questão da cura gay, avaliando os erros e acertos de cada uma delas.

2.1 *CARTMAN É UM IDIOTA*

A polêmica sobre a possibilidade de uma “cura gay” é o principal tema do episódio *Cartman é um idiota*. Nele, Cartman decide sacanear Butters convidando-o para dormir em sua casa e tirando uma foto sua com o pênis do colega introduzido em sua boca após este adormecer. Ao mostrar a foto aos amigos, todavia, Cartman é lembrado por estes de que o ocorrido, por motivos óbvios, “faz” dele homossexual. Kyle, de forma irônica, diz a Cartman que a solução para tanto seria “desfazer a polaridade gay” fazendo o contrário do que fora feito, ou seja, tirar uma foto do seu próprio pênis introduzido na boca de Butters.

Nota-se aí, inclusive, um duplo sentido no título do episódio em inglês original (*Cartman sucks*): o verbo *to suck*, na linguagem padrão do inglês, traduz-se para o português literalmente como “chupar”. Por outro lado, quando empregado como gíria, o mesmo verbo em inglês não expressa o ato de chupar, mas sim uma caracterização pejorativa do sujeito daquele verbo. Dessa forma, por exemplo, quando se diz em inglês “*My work sucks*”, o interlocutor não está dizendo que seu trabalho “chupa”, mas sim que se trata de um trabalho desagradável, maçante. O mesmo vale para pessoas: quando se diz que alguém “*sucks*”, se diz que aquele alguém é uma pessoa chata, ruim, infame.

Todavia, nesse caso específico o contexto do episódio valida ambos os sentidos do verbo no título daquele. “*Cartman sucks*” foi traduzido para a versão dublada em português como “*Cartman é um idiota*”, mas também poderia tê-lo sido como “*Cartman chupa*”, já que é literalmente isso que faz o personagem em sua atrapalhada tentativa de sacanear Butters, a qual acaba se voltando contra ele próprio.

Cartman, então, levando a sério a “orientação” de Kyle, vai à casa de Butters e o engana vendando seus olhos e pedindo-lhe que abra a boca para receber uma “surpresa”. O colega obedece, e Cartman arria as calças, mas ambos são flagrados pelo pai de Butters, Stephen, após este último entrar no quarto. Assustado, Cartman foge e Stephen conclui que o filho é homossexual e precisa de tratamento. Todavia, visivelmente constrangido com a situação, o pai evita usar esse termo na conversa que se segue com Butters, preferindo em vez disso valer-se de um eufemismo e dizer ao filho que este é “bicurioso”.

Como resultado, Butters não entende o que Stephen quer dizer e acaba sendo enviado a um acampamento de jovens da igreja para o “tratamento” sem sequer se dar conta do real motivo pelo qual está ali, tendo sido induzido pelo pai e por um pastor a acreditar que está apenas “confuso” e por isso necessita de orientação espiritual.

O episódio ironiza a ideia de cura gay já na chegada de Butters ao acampamento, onde os garotos novatos são introduzidos ao pastor Phillips, apresentado como modelo de pessoa feliz e realizada após uma cura homossexual bem-sucedida. Os trejeitos afeminados do pastor, no entanto, desmentem essa última alegação. Phillips aparenta ser feliz, mas continua gay, ainda que não se dê conta disso ou não o admita.

No acampamento os jovens são ensinados que ser homossexual é uma aberração aos olhos do Senhor e que precisam se “libertar” de tais pensamentos e comportamentos pecaminosos. O tratamento é retratado como uma experiência psicologicamente torturante para os jovens, vários dos quais se suicidam no decorrer do episódio. O jovem Bradley, este sim com genuínas tendências homossexuais, é nomeado responsável (“responsabilimano”) por Butters após o responsável anteriormente designado suicidar-se em seu quarto antes mesmo de ser apresentado ao recém-chegado.

Bradley acaba desenvolvendo uma atração sexual por Butters, mas, influenciado pela doutrinação religiosa do acampamento, conclui ser um pecador incorrigível que

nunca será apreciado pelo Senhor, e então decide também suicidar-se pulando de uma ponte. Alarmados, Butters e todo o acampamento formam uma aglomeração ao lado da ponte para tentar demover Bradley da ideia.

O final feliz, contudo, só ocorre após Butters revoltar-se contra o acampamento, declarando que não irá mais aceitar imposições sobre seu comportamento. Sem sequer entender o real contexto de seu discurso, o garoto diz a todos que “é bicurioso sim”, que “não há nada de errado com isso” e que, se ele é bicurioso e foi criado por Deus, então Deus “deve ser um pouco bicurioso também”. Tais palavras encorajam Bradley, que desiste de se matar e desce da ponte em segurança. Vendo que o filho é feliz sendo “bicurioso”, Stephen admite também sê-lo e diz estar contente com sua “curiosidade”. A fala provoca uma gargalhada compartilhada entre os dois, mas Butters então conclui que agora está “ainda mais confuso”.

O episódio, portanto, finaliza com as seguintes mensagens: I - não há nada de errado com a homossexualidade, inclusive aos olhos de Deus; II - as tentativas de curá-la ou revertê-la por meio da orientação e doutrinação religiosas são inócuas, além de psicologicamente perigosas para os que a elas se submetem.

Essa problemática ganhou os holofotes no Brasil pela primeira vez em 2013, quando o deputado federal evangélico Marco Feliciano (PSC-SP), até então relativamente desconhecido a nível nacional, foi eleito presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara. Nessa condição, Feliciano notabilizou-se por encampar a votação do projeto de decreto legislativo 234/2011, de autoria do deputado João Campos (PSDB-GO), também membro da bancada evangélica, o qual sustaria dois dispositivos da Resolução nº 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia (CFP), que hoje impede que psicólogos se envolvam em “tratamentos” de homossexuais:

[...]

Art. 3º – os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Parágrafo único – Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.

Art. 4º – Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica.

[...]

(CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 1999).

O projeto se tornaria um dos alvos das manifestações populares ocorridas por todo o Brasil em junho de 2013 e acabou sendo arquivado por pressão das ruas e do próprio partido do deputado autor, o PSDB (PASSARINHO; COSTA, 2013). Todavia, outros projetos no mesmo sentido viriam, apesar de nenhum ter sido aprovado até o momento.

A liberação do tratamento também vem sendo buscada pela via judicial. Em 2017, a polêmica foi reacendida quando o juiz federal Waldemar Cláudio de Carvalho, no bojo da Ação Popular 101189-79.2017.4.01.3400 (BRASIL, 2017a) veiculada contra a Resolução nº 01/1999 do CFP, deferiu liminar que, embora não suspendesse a vigência do ato normativo impugnado, determinava sua reinterpretação de modo a não impedir psicólogos de promoverem estudos ou atendimento profissional pertinentes à reorientação sexual.

A ação fora movida por três psicólogos que já haviam sido denunciados ao CFP por oferecer esse tipo de atendimento a homossexuais (MORAIS, 2017, p. 1). Aqui, tal como em *South Park*, nota-se a proximidade de algumas igrejas com os intentos de reorientação sexual: uma das autoras da ação, a psicóloga Rozangela Alves Justino, que chegou a ter cassado seu registro no conselho de classe por conta da prática, é também missionária e na época ocupava um cargo comissionado no gabinete do deputado federal evangélico Sóstenes Cavalcante (DEM-RJ), apadrinhado do notório pastor Silas Malafaia (BERTA; MARQUES, 2017, p. 1).

Cerca de três meses após essa liminar, que também incomodou amplos setores da sociedade e enfrentou um ruidoso *backlash*² social, o juiz prolator exarou sentença de

² “Muitas decisões proferidas pelo Poder Judiciário – como é de se esperar em um contexto plural como o do Brasil – causam reações negativas por parte da população. A essa resposta contrária da sociedade às decisões proferidas pelos órgãos do Judiciário, em específico àquelas em que se interpreta a Constituição, a teoria constitucional deu o nome de *backlash*” (PIMENTEL, 2017, p. 190).

mérito que suprimiu a liberação das terapias de reorientação sexual, em vez disso autorizando os psicólogos a promover estudos, pesquisas e atendimentos relacionados à **egodistonia**, ou seja, ao sofrimento e angústia por que passam algumas pessoas em decorrência da própria orientação sexual.

Mais recentemente, em 2019, a ação como um todo foi suspensa pela ministra do STF Cármen Lúcia sob o fundamento de incompetência da Justiça Federal de primeira instância para processar e julgar a causa (FREITAS, 2019). Assim, também a sentença de mérito do magistrado de piso queda sem efeitos desde então.

Este trabalho pretende, agora, verificar a correção das decisões do juiz Waldemar Cláudio de Carvalho à luz do direito brasileiro, relacionando-a com o episódio *Cartman é um idiota*. -

2.2 CONTEXTO DE DESCOBERTA X CONTEXTO DE JUSTIFICAÇÃO

Paul Hoyningen-Heune (1987, p. 501-502) relata que a distinção popularizada por Hans Reichenbach (1970) entre “contexto de descoberta” e “contexto de justificação” compreende ao menos quatro diferentes versões e que nunca foi alcançado um consenso público e explícito entre os intelectuais a respeito dos exatos termos dessa distinção ou até mesmo da sua própria existência. O interesse pela diferenciação parece ter de alguma forma desaparecido, sem uma real solução da prévia discordância.

Para os fins deste trabalho, todavia, a distinção entre os contextos permanece de grande importância, conforme se demonstrará adiante. Daniel Oitaven (2016, p. 48-49) descreve o contexto de descoberta no âmbito da ciência como um ilógico e ametódico, porém não necessariamente irracional processo marcado pela personalidade do cientista e por meio do qual este é “induzido” por determinadas circunstâncias e/ou acontecimentos a seguir uma trilha que o conduzirá à formulação de uma tese, a exemplo da experiência de Arquimedes ao entrar numa banheira e gritar “*eureka!*” (o equivalente em grego a “descobri!”) no momento em que lhe vem à cabeça a ideia que o levaria a enunciar o princípio do empuxo.

Tais eventos, em que pese umbilicalmente relacionados ao direcionamento do cientista rumo a esta ou aquela hipótese, não teriam impacto na aferição de tal hipótese

formulada como verdadeira ou falsa, a qual dependeria das razões e evidências invocadas pelo cientista para sustentar suas conclusões – sendo este, por sua vez, o contexto da justificação. “O evento da descoberta seria irrelevante para a caracterização de uma tese como verdadeira ou cientificamente aceitável [...]. Em outros termos, a origem da hipótese não teria relação com a sua verdade [...]” (OITAVEN, 2016, p. 49).

Trazendo a questão para a seara jurídica, o mesmo autor explica que os parâmetros de validação de uma tese seriam independentes dos valores pessoais do cientista e que isso pode ser transposto para a atividade do juiz. Por outro lado, os valores, as crenças, a ideologia, todos esses fatores de índole pessoal do magistrado podem contribuir para a formação do seu convencimento ao decidir, e este não é um processo aberto aos olhos dos jurisdicionados. O contexto da descoberta, *a priori*, é de conhecimento apenas do próprio juiz, já que só ele sabe o que se passou em sua cabeça para decidir deste ou daquele modo.

Não é do interesse do juiz e tampouco do sistema judiciário que se divulguem as razões íntimas que embasaram o posicionamento daquele, na medida em que, a depender de quais sejam, isso tem o potencial de degradar sua aura de imparcialidade perante os jurisdicionados e por conseguinte minar a credibilidade da Justiça como um todo, gerando questionamentos dentro e fora dos tribunais acerca do caráter do magistrado enquanto pessoa e da correção e legitimidade de suas decisões.

“O habitual, na verdade, é os juízes explicitarem suas razões por meio de racionalizações, as quais escondem os valores pessoais tomados em conta no processo decisório”, como esclarece Oitaven (2016, p. 48). Aqui, adentra-se o contexto de justificação. Ocultada a construção interna que leva o magistrado a se orientar por este ou aquele caminho em seu *decisum*, os debates acerca do seu acerto ou erro nessa ocasião concentrar-se-ão exclusivamente em torno da racionalização, ou seja, da fundamentação jurídica e impessoal que reveste como uma carapaça o que é, no fundo, uma escolha motivada em maior ou menor grau por uma formação pessoal do juiz enquanto homem de carne e osso, e não enquanto preposto da abstração a qual se denomina *Estado-juiz*.

Sendo assim, por mais relevante que possa ser *na prática* o contexto da descoberta de uma decisão judicial, esta última só pode ser juridicamente inquinada

com base no contexto de justificação, pois só aqui se está diante de elementos abertos a todos os interessados e não-interessados e exprimidos numa linguagem e sob um mesmo código de regras que todos os envolvidos conhecem, embora o compreendam e o interpretem de formas distintas.

Em outras palavras, para se atacar uma decisão judicial sob o prisma do direito é necessário atacar a justificação jurídica do juízo *a quo*, não se podendo em vez disso valer-se de elucubrações sobre o contexto da descoberta, ainda que possam ter procedência. O contexto da descoberta é precioso para a compreensão sociológica de uma decisão, mas não pode contra ela ser invocado no âmbito jurídico – salvo em situações excepcionais, como uma arguição de suspeição.

Não faltam no Brasil exemplos de aparentes distinções entre os contextos de descoberta e justificação em certas decisões judiciais. Nas próximas seções abordar-se-á alguns deles, envolvendo alguns notórios representantes dos Poderes Judiciário e Legislativo.

2.2.1 Joaquim Barbosa e a criação de novos Tribunais Regionais Federais

Como é sabido, o Brasil possui atualmente cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs), criados pelo art. 27, § 6º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), cujas sedes e áreas territoriais de jurisdição são as seguintes:

TRF-1 (Brasília): Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins.

TRF-2 (Rio de Janeiro): Espírito Santo e Rio de Janeiro.

TRF-3 (São Paulo): Mato Grosso do Sul e São Paulo.

TRF-4 (Porto Alegre): Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina.

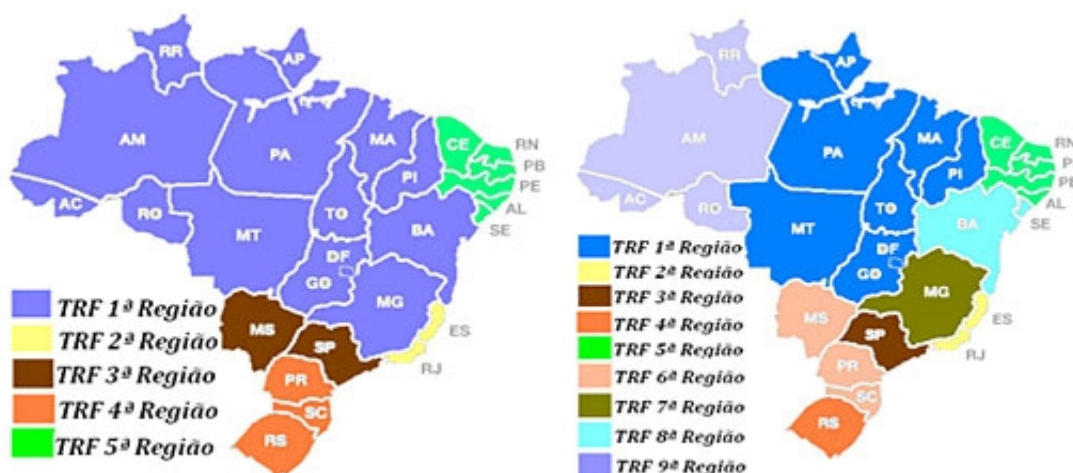
TRF-5 (Recife): Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe.

José Afonso da Silva (2014, p. 581) relata que a Emenda Constitucional (EC) 73, aprovada pelo Congresso Nacional em 2013, já determinou a criação de mais quatro

TRFs, de sorte que o sistema ficaria constituído por nove Regiões, com suas respectivas sedes:

1ª, *Brasília*, com jurisdição sobre Goiás, Distrito Federal, Mato Grosso, Pará, Amapá, Piauí, Maranhão e Tocantins; 2ª, *Rio de Janeiro*, com jurisdição sobre os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo; 3ª, *São Paulo*, com jurisdição sobre o Estado de São Paulo; 4ª, *Porto Alegre*, com jurisdição sobre o Estado do Rio Grande do Sul; 5ª, *Recife*, com jurisdição sobre os Estados do Nordeste, menos Bahia e Sergipe; 6ª, *Curitiba*, com jurisdição sobre os Estados do Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul; 7ª, *Belo Horizonte*, com jurisdição no Estado de Minas Gerais; 8ª, *Salvador*, com jurisdição nos Estados da Bahia e Sergipe; e 9ª, *Manaus*, com jurisdição nos Estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima.

A imagem abaixo mostra, à esquerda, o atual mapa dos TRFs brasileiros e suas correspondentes jurisdições; à direita, a nova estruturação aprovada pela EC 73/2013:



Fonte: VIOLIN (2013, p. 1).

Contudo, aquela emenda veio a ser alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 5.017 (BRASIL, 2013), através da qual a Associação Nacional de Procuradores Federais (ANPAF) questiona no STF a criação dos novos TRFs.

Quando do seu protocolo, essa ação teve sua relatoria distribuída ao ministro Luiz Fux. Mas como na época o STF encontrava-se em recesso e havia pedido de liminar, nos termos do art. 13, VIII do Regimento Interno da Corte (BRASIL, 1980), a análise da questão naquele momento caberia ao então presidente do Tribunal, o ministro

Joaquim Barbosa, que por sua vez havia sido um ferrenho opositor vocal da emenda em foco:

[...] Por diversas vezes ele já havia se manifestado contra a criação dos tribunais [...]. Quando o Congresso aprovou a PEC, em abril, Barbosa se reuniu com representantes de associações de magistrados e disse que a classe tinha agido de forma "sorradeira" ao apoiar a aprovação. Os juízes rebateram dizendo que Barbosa agiu de forma "desrespeitosa" (OLIVEIRA, 2013, p. 1).

O presidente do STF, então, deferiu a liminar suspendendo a criação dos novos TRFs até o julgamento de mérito da ação. Em suma-síntese, Barbosa sustenta em sua decisão que a emenda legislativa padeceria de um vício de iniciativa por ter sido proposta por parlamentares, pois a Constituição em seu art. 96, II, *a* e *d* reserva ao STF e aos Tribunais superiores a prerrogativa de propor leis sobre criação de Tribunais, uma norma cuja inobservância inclusive ameaçaria a separação de poderes, ao possibilitar que o Legislativo alterasse a estrutura do Judiciário sem a participação desse último. Além disso, pondera que a União teria de despender vultosos recursos com uma medida que, segundo ele, seria ineficiente para tornar mais célere mais célere a prestação jurisdicional aos que dela necessitam e que também esbarraria na falta de estrutura física para realocar corretamente os servidores públicos na nova estrutura (BRASIL, 2013).

Pergunta-se: até que ponto a liminar de Barbosa enquanto presidente da Suprema Corte não foi influenciada pela sua posição pessoal contrária à criação dos novos Tribunais? Não há como saber. O certo é que as discussões jurídicas sobre o mérito de sua decisão não podem se centrar sobre tais especulações, mas antes hão de fazê-lo sobre os argumentos elencados pelo ministro: o vício de iniciativa, a separação de poderes e os impactos econômicos da emenda no erário nacional. Juridicamente falando, não há como se atacar de outro modo o *decisum* em seu aspecto material.

2.2.2 Gilmar Mendes e a cassação da chapa Dilma-Temer

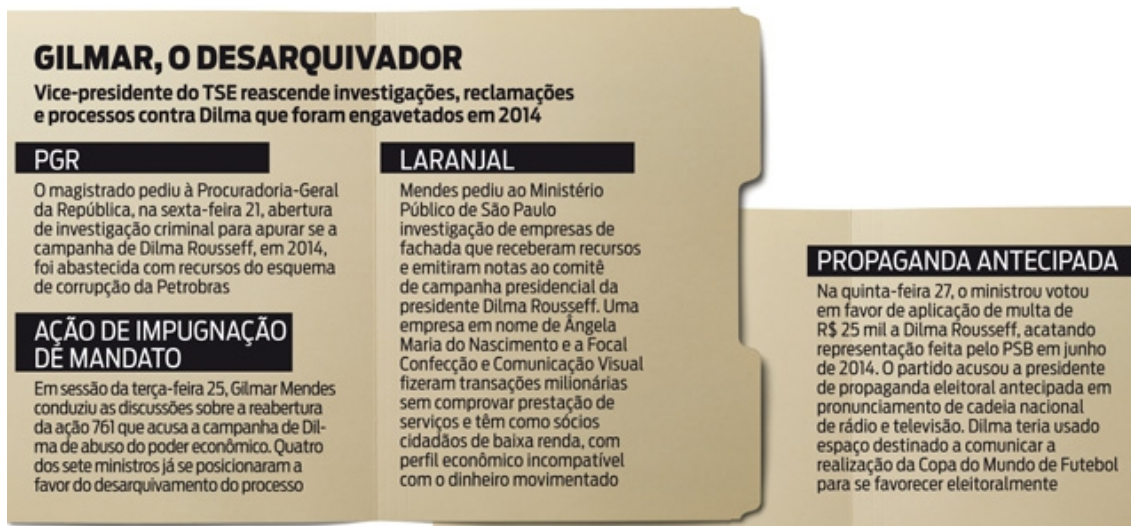
É fato público e notório que a presidente Dilma Rousseff (PT) foi reeleita para um segundo mandato em 2014, tendo como companheiro de chapa o vice-presidente

Michel Temer (PMDB). Na época, houve fortes denúncias de abuso da máquina pública e do poder político-econômico em favor da campanha de Dilma, que teria sido financiada pelo esquema de corrupção investigado pela Operação Lava Jato (JERONIMO, 2015, p. 1).

O PSDB, partido derrotado no segundo turno das eleições, fundamentou-se nas referidas acusações para embasar ações de impugnação que pediram a cassação da chapa Dilma-Temer no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), onde o ministro Gilmar Mendes, então vice-presidente daquela Corte, empreendeu grandes esforços para impulsioná-las:

Naquele momento, quando Dilma ainda era presidente, Gilmar liderou uma dissidência, por 5 a 2, para que o TSE unisse as quatro ações contra a chapa Dilma-Temer num só processo – precisamente um chamado de “investigação eleitoral”. O Gilmar de 2015: “A referida conduta relatada na inicial e acompanhada de mínimo suporte probatório pode sim qualificar-se como abuso do poder econômico, o que, a meu ver, justifica a necessária instrução do feito, em busca da verdade dos fatos, respeitando as garantias do contraditório e da ampla defesa” (TAVARES; COUTINHO, 2017, p. 6-7).

O ministro proferiu duras palavras contra os acusados do PT na sessão do TSE que deliberou pelo desarquivamento das ações. Mais tarde, ao ser informado de que depoimentos de delatores da Lava Jato sugeriam uma ligação do referido escândalo com possíveis crimes eleitorais da campanha vitoriosa, Mendes considerou que revelações dessa gravidade não poderiam passar incólumes por aquele Tribunal. Também solicitou que a Procuradoria-Geral da República apurasse a ocorrência de lavagem de dinheiro e falsidade ideológica nas movimentações de conta do PT durante as eleições (JERONIMO, 2015, p. 3-4).



Fonte: JERONIMO (2015, p. 5).

Ao longo do segundo mandato de Dilma, contudo, o panorama político se alterou. Paulatinamente desgastada por uma miríade de fatores, a presidente sofreu *impeachment* e foi substituída no cargo por Michel Temer, amigo pessoal de Gilmar (SADI, 2018, p. 1). As ações no TSE, todavia, seguiam em curso. O pedido de cassação não se direcionava apenas a Dilma, mas sim à chapa vencedora como um todo – o que incluía Temer e seu novo governo, aliado do PSDB ao qual Gilmar é historicamente ligado. O ministro foi advogado-geral da União do presidente Fernando Henrique Cardoso, a quem também deve sua indicação ao STF (PINHO, 2009, p. 1).

Coincidência ou não, o fato é que, na ocasião do julgamento da chapa no TSE, Gilmar Mendes demonstrou posicionamentos jurídicos opostos aos que havia exibido no início da tramitação das ações de impugnação. A necessidade de se apurar os graves fatos revelados pela Lava Jato deu lugar à cautela necessária diante da instabilidade política que uma cassação do mandato presidencial de Temer geraria. O mesmo Gilmar que havia liderado em 2015 uma decisão do TSE que autorizara o ministro relator Herman Benjamin a colher depoimentos de empreiteiros e marqueteiros com vistas à instrução das ações agora se opunha à admissibilidade de tais provas por aquele Tribunal, argumentando que isso extrapolaria a causa de pedir mencionada pelo autor na petição inicial e portanto implicaria prejuízo à ampla defesa dos réus. O voto de Gilmar

Mendes, agora presidente da Corte, foi decisivo para o resultado: a chapa foi absolvida por 4x3 (TAVARES; COUTINHO, 2017, p. 1).

Analisando-se o conjunto dos fatos, há muitas razões para se crer que o contexto da descoberta referente ao posicionamento de Gilmar no julgamento da chapa Dilma-Temer foi motivado mais por critérios de ordem política e pessoal do que jurídica. No entanto, o contexto de justificação do seu voto permanece digno de respeito aos olhos do direito. Não se trata de uma invenção jurídica considerar-se na *ratio decidendi* a possível comoção político-social decorrente da cassação de uma chapa presidencial, assim como tampouco o é expandir para a seara das ações de impugnação eleitoral o cânone da esfera penal segundo o qual o réu só é obrigado a defender-se dos fatos especificados com clareza e delimitação na petição inaugural do processo. Aqui, também, quem desejar infirmar a decisão terá de fazê-lo de forma a enfrentar esses fundamentos.

2.2.3 Eduardo Cunha e o *impeachment* de Dilma

Como relatado na Seção acima, a presidente Dilma foi alvo de um bem-sucedido processo de *impeachment* em 2016, que teve como protagonista o então presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha (PMDB), um ex-aliado do governo petista que bandeara para a oposição em meados de 2015³ (DULLEY, 2015).

Cunha trabalhou ativamente pela deposição de Dilma, e sua conduta na condução do *impeachment* na Câmara desde o início gerou acusações de parcialidade por parte do governo. Após recusar dezenas de pedidos de *impeachment* contra a presidente da República naquele ano, o deputado acolheu uma denúncia contra Dilma justamente no mesmo dia em que o PT decidiu lhe negar apoio no Conselho de Ética da Casa legislativa, onde enfrentava um processo de cassação por supostamente ter mentido em depoimento prestado à CPI que investigava o escândalo da Lava Jato (ARGUELHES; FALCÃO; PEREIRA, 2017, p. 19-20).

³ Este e outros aspectos são abordados com maior profundidade na monografia *Legalidade e Constitucionalidade do Impeachment de Dilma Rousseff*, de minha autoria.

O deputado também foi criticado por partidários da presidente por marcar a votação do *impeachment* na Câmara dos Deputados para um domingo (17/04/2016), o que facilitou a ocorrência de manifestações populares em torno do Congresso e por todo o Brasil no dia da deliberação; e por sua interpretação do art. 187, § 4º do Regimento Interno da Câmara (BRASIL, 1989), segundo o qual a votação nominal em casos como o do *impeachment* seria feita “pela chamada dos Deputados, alternadamente, do norte para o sul e *vice-versa*”. Cunha inicialmente interpretou esse dispositivo no sentido de que a votação deveria começar pelos estados da região Sul, já que, da última vez que fora utilizado o procedimento nominal naquela Casa – a eleição do Presidente da Câmara em 2005 –, a votação havia se iniciado pela região Norte (PASSARINHO, 2016, p. 3).

A ordem de votação dos parlamentares sobre uma medida pode parecer algo pouco relevante, porém nesse caso gerava repercussões. Isso porque o fato de a votação começar pelo Sul – região do Brasil na qual a oposição proporcionalmente tinha maior força entre os deputados – poderia provocar uma avalanche de votos a favor do *impeachment*, devido ao “efeito manada” a ser causado entre os deputados indecisos por uma rápida acumulação de votos contra Dilma, situação na qual a presidente estaria sendo desfavorecida pelas regras do jogo (PASSARINHO, 2016, p. 1).

A maioria dos referidos atos de Cunha vieram a ser judicializados. Posteriormente à aprovação da denúncia pelos deputados, a Advocacia-Geral da União (AGU) ingressou com mandado de segurança (MS) no STF pedindo a anulação de todo o processo sob o argumento de que Cunha teria agido com desvio de poder ao aceitar o pedido de *impeachment* por vingança pessoal contra o PT, após o partido negar-lhe apoio no Conselho de Ética da Câmara.

Entretanto, o relator Teori Zavascki (BRASIL, 2016a) rejeitou os argumentos do governo e manteve o trâmite regular do *impeachment* ao acertadamente ponderar que a constatação de que o presidente da Câmara teria agido em desvio de finalidade exigiria uma imersão no juízo subjetivo do agente – isto é, no contexto de descoberta –, o que se mostra difícil do ponto de vista probatório, especialmente considerando-se a natureza também política do ato e a restrição da ação mandamental no que tange à produção de provas. A fundamentação do impetrante se baseava em “registros jornalísticos da

crônica política nacional que, como efemérides que são, ficam sujeitas a uma grande margem de contestação” e não se mostravam capazes de justificar tal interferência na deliberação do presidente da Câmara.

Antes disso, um outro MS, impetrado por deputados da base aliada, havia questionado as decisões de Cunha sobre o agendamento e a ordem de votação do *impeachment* na Câmara. Com o *writ* já em curso, Cunha voltou atrás e redefiniu sua interpretação do supramencionado art. 187, § 4º estabelecendo outra ordem de votação, a qual se iniciaria por um estado do Norte, seguido por um estado do Sul, seguido por outro estado do Sul e em seguida novamente um do Norte (para completar o vice-versa), e assim por diante, na seguinte ordem de estados federados:

1 - Roraima; 2 - Rio Grande do Sul; 3 - Santa Catarina; 4 - Amapá; 5 - Pará; 6 - Paraná; 7 - Mato Grosso do Sul; 8 - Amazonas; 9 - Rondônia; 10 - Goiás; 11 - Distrito Federal; 12 - Acre; 13 - Tocantins; 14 - Mato Grosso; 15 - São Paulo; 16 - Maranhão; 17 - Ceará; 18 - Rio de Janeiro; 19 - Espírito Santo; 20 - Piauí; 21 - Rio Grande do Norte; 22 - Minas Gerais; 23 - Paraíba; 24 - Pernambuco; 25 - Bahia; 26 - Sergipe; 27 - Alagoas.

Havia dez ministros presentes à sessão de julgamento desse MS, dos quais metade votaram pelo seu indeferimento, dando-se por satisfeitos com alguma das interpretações dadas por Eduardo Cunha, enquanto a outra metade votou pelo deferimento da segurança em maior ou menor extensão. Diante do empate, a decisão do presidente da Câmara foi mantida devido à presunção de legitimidade dos atos administrativos e à disposição do art. 146 do Regimento Interno do STF que determina a improcedência da ação quando a matéria em questão requerer uma maioria absoluta de votos e esta última não for alcançada em decorrência de empate ocasionado pela ausência de um ministro – Dias Toffoli encontrava-se ausente (BRASIL, 2016b).

Dentre os votos pelo indeferimento, novamente merece destaque o do ministro Teori Zavascki, redator para o acórdão, o qual denegou a liminar apontando a ausência de *periculum in mora* para a sua concessão, já que a interpretação de Cunha seria uma das passíveis de serem dadas ao Regimento Interno da Câmara, não se vislumbrando naquele momento uma ilegalidade que motivasse sua revisão judicial.

Perceba-se aqui como, mais uma vez, se distinguem os contextos de descoberta e justificação, sem que as impressões sobre o primeiro sejam prejudiciais ao segundo. Vários elementos do contexto de descoberta sugerem que Cunha com efeito teria agido de forma tendenciosa para prejudicar o governo: o fato de a denúncia contra Dilma ter sido por ele recebida logo após o PT virar-lhe as costas no Conselho de Ética da Câmara; a conveniência de se agendar a votação do *impeachment* para um domingo e de se determinar que a mesma se iniciasse pelos deputados de um reduto oposicionista; tudo isso aponta no sentido de que o presidente da Câmara valeu-se do cargo para favorecer a queda da chefe do Executivo.

Nenhuma dessas constatações, todavia, macula a legalidade dos atos de Cunha aos olhos do ordenamento jurídico. Não foi possível provar um liame direto entre a postura do PT em relação ao processo de Cunha e a decisão deste último de acolher o pedido de *impeachment*, cuja fundamentação tinha plausibilidade jurídica. Tampouco se veem ilegalidades no agendamento da votação da denúncia para um domingo, posto que inserida no poder discricionário do Presidente da Câmara enquanto definidor da pauta da Casa; ou no início da votação pela região Sul, uma vez que baseada numa interpretação possível do Regimento Interno da Câmara.

Do ponto de vista legal, não existe diferença entre os deputados de um estado ou de outro. Um deputado de Roraima tem o mesmo valor representativo que um deputado do Rio Grande do Sul. A circunstância de um presidente possuir mais parlamentares aliados em determinadas regiões do país é um aspecto do mundo dos fatos que não se comunica com o mundo jurídico. Aspectos exclusivos do mundo dos fatos podem explicar aspectos do mundo jurídico, mas não os vinculam.

Finalmente, encerrados os esclarecimentos sobre a distinção entre ambos os contextos e a relação entre eles, é possível voltar à discussão sobre a correção ou não das decisões proferidas sobre a questão da “cura gay” na Ação Popular nº 101189-79.2017.4.01.3400.

2.3 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A “CURA GAY”

O pedido formulado pela parte autora foi a sustação dos efeitos da Resolução nº 01/1999 do CFP, a qual, como já visto acima, prima pela intenção de combater o preconceito e os estigmas contra a população LGBT e proíbe os psicólogos de adotar qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos homoeróticos.

É importante ressaltar que nenhuma das decisões do juiz Waldemar Cláudio de Carvalho mencionou o termo “cura gay”, e tampouco se referiu à homossexualidade como uma doença. Ao contrário: em ambas as ocasiões o magistrado afastou expressamente essa última ideia.

O uso da expressão entre aspas do título dessa Seção trata-se, antes, de um *frame* dominante, ou seja, uma estratégia argumentativa, da qual se valem os grupos sociais críticos da reorientação sexual para produzir unilateralmente um “consenso” prévio à deliberação sobre a ideia (OITAVEN, 2016, p. 567-568) de modo a associá-la ao preconceito contra homossexuais e a uma suposta crença de que estes são portadores de uma enfermidade, buscando angariar a conscientização da sociedade para a ameaça da intolerância e incentivá-la a se opor às iniciativas nesse sentido.

O substantivo *frame*, em inglês, tem como algumas de suas possíveis traduções as palavras “retrato” e “moldura”. O verbo *to frame*, por sua vez, pode ser traduzido como “enquadrar” ou “incriminar”. Assim, na conjuntura de que aqui se trata, o termo remete à noção de se rotular uma ideia, de colocar nela uma espécie de pecha.

Não se está aqui a afirmar que a reorientação sexual à qual se referiu o juiz não equivaleria a uma “cura” da homossexualidade, mas sim a apontar que o uso por si só dessa palavra no caso em tela, sem que tenha sido mencionada nas decisões, já pode ser visto como evidência de uma opinião negativa do interlocutor sobre o conteúdo das mesmas; dificilmente um defensor de tais decisões se referiria ao seu objeto como “cura gay”.

Isto posto, verifica-se que ambas as decisões do juiz Waldemar seguiram o critério hierárquico como solucionador de antinomias jurídicas, na lição de Maria Helena Diniz (2011, p. 304). Sendo a liberdade científica consagrada no art. 5º, IX da CF uma norma hierarquicamente superior a um ato normativo editado por um conselho de classe, não poderia este ser interpretado de forma a restringir aquela. Segue, abaixo, um trecho da decisão liminar:

[...]

Conforme se pode ver, a norma em questão, em linhas gerais, não ofende os princípios maiores da Constituição. Apenas alguns de seus dispositivos, quando e se mal interpretados, podem levar à equivocada hermenêutica no sentido de se considerar vedado ao psicólogo realizar qualquer estudo ou atendimento relacionados à orientação ou reorientação sexual. Digo isso porque a Constituição, por meio dos já citados princípios constitucionais, garante a liberdade científica bem como a plena realização da dignidade da pessoa humana, inclusive sob o aspecto da sexualidade, valores esses que não podem ser desrespeitados **por um ato normativo infraconstitucional, no caso uma resolução editada pelo CFP.**

[...]

Sendo assim, defiro, em parte, a liminar requerida para, sem suspender os efeitos da Resolução nº 01/1999, determinar ao Conselho Federal de Psicologia que não a interprete de modo a impedir os psicólogos de promoverem estudos ou atendimento profissional, de forma reservada, pertinente à (re)orientação sexual, garantindo-lhes assim, a plena liberdade científica acerca da matéria [...] (BRASIL, 2017a, grifo nosso).

A priori, essa linha argumentativa está correta. A Constituição é, afinal de contas, a norma jurídica suprema, não podendo quaisquer normas do ordenamento jurídico nacional confrontar-se com ela. Um exame mais aprofundado, contudo, é capaz de revelar certas incongruências.

2.3.1 A decisão liminar

Passa-se, agora, a analisar as decisões em questão de forma separada, começando-se pela liminar. Conforme se demonstrará adiante, esta pecou por focar demasiado na norma constitucional da liberdade científica, deixando de contemplar adequadamente sua inter-relação com os demais princípios abrigados pelo ordenamento jurídico.

A isto se chama **interpretação sistemática do direito**. Como certa vez disse o ministro Eros Grau durante um julgamento no STF, “não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo” (BRASIL, 2009). No magistério de Tercio Sampaio Ferraz Junior (2012, p. 256-257):

Por fim, quando se enfrentam as questões de compatibilidade num todo estrutural, falamos em *interpretação sistemática* (stricto sensu). A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento [...]. A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, para que se preserve a coerência do todo.

Nesse sentido, nota-se que a Lei Maior contém outros princípios a serem resguardados além da liberdade científica. A liminar deferida pelo juiz mostra-se em total consonância com esse princípio. Agora, faz-se necessário avaliar se o princípio da não-discriminação (art. 3º, IV da CF), também mencionado pela decisão, restou devidamente resguardado por esta.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Deve-se começar esclarecendo que a não-discriminação preconizada pela CF é um conceito que exige uma boa dose de interpretação. A própria Constituição estabelece discriminações entre cidadãos quando existem motivos razoáveis para tanto. Exemplos disso são o serviço militar, obrigatório apenas para os homens (art. 143, § 2º) devido à sua superioridade física em relação às mulheres, e a prioridade absoluta no amparo às crianças e adolescentes (art. 227), que se justifica pela sua vulnerabilidade física e emocional em relação aos adultos.

Perceba-se que a mesma Carta Magna que a princípio proíbe discriminações por sexo e idade, mais adiante, prescreve tratamento diferenciado para mulheres e crianças. Já no tocante à etnia, o STF entendeu ser constitucional o sistema de ações afirmativas que reserva vagas para negros e pardos em universidades e concursos públicos, assinalando que a medida efetiva a chamada discriminação positiva, ou seja, a ideia de a lei tratar certos grupos de forma distinta e mais benéfica para atenuar sua posição de desvantagem em relação ao resto da sociedade (AGUIAR, 2012, p. 1).

Os homens nunca foram iguais e jamais o serão no plano terreno. A desigualdade é própria da condição humana [...]. Daí se buscar uma

igualdade proporcional, porque não se pode tratar igualmente situações provenientes de fatos desiguais. O raciocínio que orienta a compreensão do princípio da isonomia tem sentido objetivo: aquinhoar igualmente os iguais e desigualmente as situações desiguais (BULOS, 2007, p. 120).

Sendo assim, observa-se que a Constituição não veda todo e qualquer tipo de discriminação, mas tão somente a discriminação negativa, mesquinha, intolerante. Para os fins deste trabalho, sempre que se mencionar doravante a palavra “discriminação” sem um adjetivo que a suceda, estar-se-á referindo a essa discriminação negativa, ou seja, à ideia de se segregar pessoas ou negar-lhe direitos por conta de sua condição. Tendo em vista esse norte, cabe agora constatar se as decisões em questão foram negativamente discriminatórias para com os homossexuais.

Inobstante ter o juiz afastado a ideia de que a homossexualidade é uma doença, a decisão à primeira vista soa contraditória nesse sentido. Se não se trata de uma doença, o que justificaria o oferecimento pelos psicólogos de um atendimento voltado à reorientação sexual?

Poder-se-ia objetar que psicólogos não lidam somente com doenças, mas também com pensamentos e comportamentos, a exemplo do que faz a terapia cognitivo-comportamental. Ou que o fato de se considerar a homossexualidade como doença, por si só, não equivaleria a uma discriminação. Todas as doenças, quando realmente como tal se configuram, são assim chamadas, sem que isso seja reputado como “discriminação” aos acometidos por elas. Chama-se a cegueira de doença, e ninguém acusa o interlocutor de discriminar os cegos por tanto; chama-se a esquizofrenia de doença, sem que com isso esteja a se discriminar os esquizofrênicos por sua condição. O ordenamento jurídico, todavia, discrimina positivamente os portadores de algumas doenças por meio de ações afirmativas em universidades e no mercado de trabalho.

Ambas as abordagens acima, contudo, caem por terra quando se pondera que, em que pese a inconformidade dos autores da ação popular com a resolução do CFP, existe atualmente um virtual consenso mundial, gradualmente construído na área de saúde, segundo o qual a homossexualidade, para além de não ser uma doença, tampouco é um desvio ou distúrbio a ser corrigido:

[...] com o passar do tempo, a ciência falhou em comprovar que a homossexualidade era de fato um distúrbio mental e as sociedades médicas precisaram rever suas classificações. Em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria retirou a opção sexual da lista de transtornos mentais do DSM-II. Em 1975 foi a vez da Associação Americana de Psicologia retirar a homossexualidade do rol de transtornos psicológicos.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) demorou mais e somente em 1991, na décima publicação, excluiu a homossexualidade da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a Saúde (CID 10) (VIDALE, 2017, p. 2).

Chamam-se a cegueira e a esquizofrenia de doenças, é verdade; sem que isso implique numa discriminação aos cegos e esquizofrênicos, é verdade; mas o mesmo não se aplica à homossexualidade, porquanto esta não é um mal em si.

Perceba-se que tanto o argumento que aponta a homossexualidade como uma patologia como o que rejeita esse rótulo ao mesmo tempo em que tacitamente reconhece a possibilidade de se corrigir essa condição por meio do atendimento psicológico partem de um mesmo pressuposto, diferindo apenas quanto à intensidade: o de que existe ali algo negativo ou prejudicial e passível de tratamento, seja para extirpá-lo ou atenuá-lo. Nesse sentido se contrapõem a posição do CFP e da comunidade científica internacional (*status quo*), que rejeitam essas suposições; e a opinião dissidente dos psicólogos autores da ação popular, que tácita ou expressamente as admite como hipóteses válidas, dignas ao menos de maior estudo e aprofundamento.

Não cabe ao Judiciário tomar o partido de um dos lados nessa contenda técnica. Em se tratando de uma questão fática que é científica e não jurídica, não possui o juiz a expertise técnica para determinar quem está certo e quem está errado (MINIUCI, 2017, p. 1). Para decidir esse ponto específico, portanto, resta somente o critério do apelo à autoridade: deve prevalecer a posição do *status quo* oficial, por ser esta sustentada tanto pelo CFP brasileiro quanto pela comunidade científica internacional, e não por uma minoria de psicólogos dissidentes.

Dessa forma, assumindo-se como verdade que a homossexualidade não é algo a ser tratado ou corrigido, a liminar do juiz Waldemar se mostra contraditória. Não abertamente, mas sim substancialmente: afasta-se a ideia de que a homossexualidade seja uma doença, e não se faz menção a ela como algo negativo, mas ao mesmo tempo se autoriza psicólogos a fornecer atendimentos voltados à (re)orientação sexual de

pacientes – o que muito dificilmente poderia ser interpretado como algo que não a ideia de se alterar a orientação sexual destes (HACHEM, 2017, p. 4). E se não há um “mal” em questão, não há sentido numa intervenção psicológica em relação a ele. Christian Dunker e Renan Quinalha (2017, p. 6) denunciam essa contradição e atribuem-na a uma suposta homofobia dos membros do Poder Judiciário:

Dito isso podemos propor um novo quadro clínico, a *homofobia dos magistrados*. Ela se caracteriza pelo uso de princípios jurídicos, clínicos e éticos consensualmente aceitos tais como: “a sexualidade faz parte da identidade do sujeito”, “a homossexualidade não constitui doença, distúrbio ou perversão”, evitar “reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica”, para concluir destes princípios o seu exato oposto. Por exemplo: a justificação da pesquisa científica dada a “inquietação em torno das práticas sexuais desviantes da norma estabelecida sócio-culturalmente”, a “promoção de estudos ou atendimento profissional, de forma reservada, pertinente à r(re)orientação sexual sem qualquer censura ou licença prévia por parte do CRP”.

O portador da *homofobia dos magistrados* caracteriza-se pelo uso do poder que lhe foi conferido para tergiversar sobre a lei de modo a manipulá-la de forma contrária aos seus princípios, dando visibilidade e importância necessárias para a perseveração no delírio homofóbico.

Essa discussão talvez fosse irrelevante do ponto de vista jurídico, não fosse o fato de que anos de enquadramento da homossexualidade como doença ou distúrbio a ser corrigido geraram um estigma social em torno dessa condição, como relatam ainda os mesmos autores:

A patologização das pessoas LGBT não é de hoje. A estigmatização das sexualidades dissidentes operou-se, historicamente, por discursos de diferentes ordens. Sobrepueram-se e cruzaram-se religião, moral, direito, criminologia e ciências médicas em um feixe de categorização e classificação dos corpos e subjetividades que desafiavam o padrão heteronormativo. Assim, a homossexualidade foi representada, em diferentes contextos, como pecado, desvio de caráter, crime ou contravenção, perigo social ou mesmo doença (DUNKER; QUINALHA, 2017, p. 3).

Nesse sentido, observa-se que a decisão liminar aqui debatida, apesar de não discriminatória em si, por rejeitar explicitamente a ideia da homossexualidade como doença, tinha potencial para fragilizar o princípio da não-discriminação em virtude da sua propensão a reforçar preconceitos já existentes sobre a homossexualidade numa

sociedade heteronormativa – ainda que o juiz possa não ter tido qualquer intenção de fazê-lo, ao contrário do que acusam Dunker e Quinalha.

Apesar de o juiz afastar expressamente a rotulação da homossexualidade como doença, a hipótese de se admitir procedimentos de (re)orientação sexual constitui por si só um perigo na modalidade “*bad tendency*” (MONTEIRO, 2015, p. 65), isto é, um elemento com potencial de corromper a mentalidade social e gerar intolerância contra os homossexuais, na medida em que acolhe o pressuposto de que existe ali algo a ser corrigido.

Fazendo menção à liminar aqui em comento e aos projetos de lei sobre a matéria, Rodrigo Cunha Pereira (2017, p. 1) refere-se à ideia de uma cura gay como “propaganda enganosa”, um “charlatanismo” que não pode encontrar guarida no direito. E alerta para os efeitos horrendos, similares aos retratados no acampamento para jovens em *Cartman é um idiota*, que estariam sendo causados pelos tratamentos de reorientação sexual, por exemplo, no Equador:

As experiências com esse tipo de tratamento constituem uma violação à dignidade e é uma tortura, objetificação do sujeito ao tentar adestrá-lo para a heteronormatividade. O relato da fotógrafa equatoriana Paola Paredes é chocante. Ela fez uma importante denúncia, com registros fotográficos da violência que é o tal tratamento. No Equador, embora seja proibida a tal “cura gay”, existem dezenas de clínicas, travestidas de tratamento de alcoolismo e drogas. A fotógrafa fez uma profunda investigação, inclusive visitando mulheres que passaram por essas clínicas. O que se viu ali é o retrato da violência psíquica que significa tal “tratamento”. Para que as mulheres se feminilizassem e passassem a gostar de homens, eram submetidas a “estupros corretivos”. Também recebiam “vitaminas” que provocavam perda de memória, insônia. Tinham que escutar por horas músicas religiosas, ou eram obrigadas a andar de saltos altos, usar maquiagem e saias curtas (www.paolaparedes.com). Essa realidade de um país latino-americano nos leva a crer que existam clínicas clandestinas como essas no Brasil. O Conselho Federal de Psicologia, atento a isso, é que fez a tal Resolução CFP 01/1999 (PEREIRA, 2017, p. 3).

Neste momento conclui-se, portanto, que a decisão liminar carrega um potencial discriminatório contra aquele grupo, e que, portanto, a sua juridicidade só se sustentaria com algum grau de sacrifício do princípio da não-discriminação em face do princípio da liberdade científica.

Para entender como essa opção pode ou não ser a mais correta a ser adotada, é necessário agora recorrer ao modelo de ponderação de princípios concebido por Robert Alexy (2007, p. 158):

A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa decompor-se em três passos ou graus. No primeiro grau trata-se da comprovação do grau do cumprimento ou prejuízo do primeiro princípio. A isso segue, em um segundo grau, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Finalmente, é comprovado, no terceiro grau, se a importância do cumprimento do segundo princípio justifica o prejuízo ou não cumprimento do primeiro.

Fazendo uso do passo-a-passo acima descrito, nota-se que a análise da liminar não ultrapassará o primeiro filtro da ponderação, uma vez que a tutela provisória concedida pelo magistrado na verdade não impôs nenhum grau de sacrifício à liberdade científica dos psicólogos; ao contrário, deu-lhes expressamente a *plena* liberdade para fornecer atendimentos voltados à reorientação sexual de pacientes sem nenhuma ressalva prática, limitando-se o juiz a fazer alertas genéricos em sua decisão sobre a necessidade de se combater o preconceito e a discriminação, sem determinar medidas práticas que resguardassem essa última preocupação.

Conclui-se, portanto, que a liminar do juiz erradamente ignorou a necessidade da ponderação de princípios ao privilegiar exclusivamente um deles em detrimento do outro. Princípios são mandamentos de otimização⁴, e, portanto, devem ser efetivados o

⁴ [...]. No plano do objeto, encontram-se os princípios como mandamentos ideais e, por conseguinte, a serem otimizados. Como tais eles são, diferentes que regras, que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não-cumpridas, cumpríveis em graus diferentes [...]. Princípios, como mandamentos ideais, são os objetos de ponderações. Os mandamentos de otimização são, pelo contrário, estabelecidos em um metaplano, no qual é dito o que dever ser feito com aquilo que se encontra no plano do objeto. Mandamentos de otimização exigem que seus objetos, os mandamentos a serem otimizados, sejam realizados tão amplamente quanto possível. Eles mesmos, porém, não devem, outra vez, ser otimizados, mas sempre ou cumpridos ou não-cumpridos. Mandamentos de otimização como tais têm, por conseguinte, como foi observado, repetida e acertadamente, a estrutura de regras [...]. Contudo, o assunto de mandamentos de otimização permanece cheio de sentido. Esse conceito expressa, de modo particularmente simples, do que se trata, no núcleo, em princípios. Além disso, existe uma relação necessária entre o dever ideal, portanto, o verdadeiro princípio, e o mandamento de otimização como regra: o dever ideal implica o mandamento de otimização e às avessas. Trata-se de dois lados de uma matéria. A questão levantada por Peczenik, se o mandamento de otimização está estabelecido dentro ou fora do significado do princípio, que ele necessariamente acompanha [...], deve, por conseguinte, ser respondida no sentido de que ele é compreendido pelo significado de um princípio, porque sua eliminação, simultaneamente, iria tomar do princípio correspondente o seu caráter de princípio (ALEXY, 2007, p. 37).

quanto for possível à luz das possibilidades fáticas e jurídicas⁵. Mesmo nos casos de princípios colidentes, onde seja inevitável conferir maior importância a um deles em face de outro, deve-se buscar preservar o princípio “derrotado” na medida do quanto seja viável.

Nota-se, aqui, que a proporcionalidade de princípios prescrita por Alexy tem caráter eminentemente utilitarista: dentre todas as decisões passíveis de serem tomadas, deve-se escolher a que proporcione a maior salvaguarda e o menor sacrifício dos princípios envolvidos, assim considerados em seu conjunto e não de forma isolada (MARCILLA, 2019, p. 171).

Não foi isso o que fez a tutela provisória do juiz Waldemar ao relegar à própria sorte o princípio da não-discriminação, ao mesmo tempo em que resguardou totalmente a liberdade científica. O desequilíbrio ficou evidente, e naquelas circunstâncias havia espaço para uma decisão menos extremada, conforme inclusive demonstra a sentença de mérito que ora se passa a analisar.

2.2.3 A sentença de mérito

Na referida sentença, o juiz relata que a liminar anterior teria sido mal interpretada por significativa parcela da mídia e das redes sociais, e reforçou a afirmação de que a homossexualidade não era uma doença e tampouco poderia ser tratada. O que seria passível de tratamento, segundo ele, é a patologia denominada orientação sexual **egodistônica** (CID-10 F66.1), reconhecida pela OMS e caracterizada pela angústia da pessoa que, apesar de estar satisfeita com sua opção sexual, é

⁵ Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente. Elas contêm um dever definitivo. Quando os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. Se não se quer aceitar esta, deve ou declarar-se a regra como inválida e, com isso, despedi-la do ordenamento jurídico, ou, então, inserir-se uma exceção na regra e, nesse sentido, criar uma nova regra. A forma de aplicação de regras é a subsunção. Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contêm um dever definitivo, mas somente um dever-*prima-facie*. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Pode expressar-se isso abreviadamente, embora um pouco inexatamente, pelo fato de se designar princípios como 'mandamentos de otimização'. Como mandamentos ideais, princípios exigem mais do que é possível realmente. Eles colidem com outros princípios. A forma de aplicação para eles típica é, por isso, a ponderação. Somente a ponderação leva do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo” (ALEXY, 2007, p. 37).

atormentada por distúrbios psicológicos ou de comportamento associados a essa orientação e deseja extirpá-los.

Voltando-se ao modelo de três passos de Alexy, verifica-se que aqui já se configura um prejuízo para a liberdade científica, já que os termos da sentença restringem a liberdade dos psicólogos ao tratamento da egodistonia e os proíbe de tratar a homossexualidade em si. Como afirma Ronaldo Porto Macedo Junior (2017, p. 4), a liberdade de que gozam os pesquisadores a princípio não é algo que possa ser vinculado ao entendimento do pensamento científico dominante numa época. Assim, não se poderia por exemplo censurar a investigação da alquimia ou da teoria do flogístico por um químico, ou do criacionismo por um biólogo. Pensar o contrário seria concordar com as razões que levaram à censura pública de Galileu e dos iluministas pelo *status quo* de seu tempo. Resta superado, assim, o primeiro grau da ponderação.

No segundo grau, o cumprimento do princípio da não-discriminação tem importância autoevidente e se aplica também à discriminação por orientação sexual, que é igualmente contemplada por inúmeros tratados internacionais assinados pelo Brasil, como escreve Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (2010, p. 93): “Percebe-se, assim, o compromisso do Estado Brasileiro na defesa das minorias que sofrem preconceito em razão da orientação sexual, pois que esses instrumentos integram a ordem constitucional brasileira (art. 5º, §§ 2º e 3º)”.

A discriminação contra LGBTs ainda é uma realidade no país, segundo dados do então Ministério dos Direitos Humanos (2018, p. 74), cujo relatório para o ano de 2016 apontou 2.964 violações de direitos humanos de caráter homofóbico ou transfóbico registradas naquele período, em que pese seja possível discutir caso a caso quantos dos incidentes em questão teriam sido de fato motivados por homofobia^{6 7}. A verdade é que,

⁶ Tiago Cordeiro (2019, p. 1) aponta que os levantamentos sobre a violência contra homossexuais e transexuais no Brasil, realizados por ONGs e instituições acadêmicas, frequentemente apoiam-se em notícias de jornal interpretadas de forma dúbia, e que a maioria dos casos não envolvem violência motivada por preconceito. Não é possível, a título de exemplo, caracterizar como homofobia a morte de um homossexual atingido por uma bala perdida, ou de uma jovem lésbica assassinada pela ex-companheira que não teria aceitado o fim do relacionamento.

⁷ Para Flávio Gordon (2020, p. 68), “percebe-se claramente a operação de uma lógica politicamente correta segundo a qual há algumas categorias de pessoas que merecem o estatuto de vítimas preferenciais e, por isso, são expressamente mencionados enquanto tais. Destarte, *negros, gays, palestinos e muçulmanos* quando vítimas de violência são sempre referidos enquanto tais, sendo essas suas

pelas diversas razões já expostas acima, os homossexuais permanecem em situação de vulnerabilidade social quando em comparação com os heterossexuais na sociedade em que vivemos e este é um aspecto que eleva a importância de se efetivar o princípio da não-discriminação no caso que ora se discute, qual seja, o da sentença de mérito do juiz Waldemar.

Destarte, restando demonstrada a relevância do resguardo à não-discriminação nesse caso concreto, finalmente avança-se à terceira etapa da ponderação, na qual se verificará se esse resguardo justifica a restrição imposta à liberdade científica.

Segundo o modelo de Alexy (2007, p. 83), a resposta está no grau de intervenção (leia-se: restrição) necessário no princípio da liberdade científica para compatibilizá-lo com a não-discriminação. Cabe apontar que no caso em comento os dois princípios colidem frontalmente, de modo que a um maior resguardo da não-discriminação corresponderá necessariamente uma maior intervenção na liberdade científica (embora não necessariamente na mesma proporção), e vice-versa.

Inicialmente, observa-se que a sentença de mérito balanceia os princípios envolvidos com maior equilíbrio do que a decisão liminar anterior: restringe-se um pouco mais a liberdade científica e amplia-se significativamente a proteção à não discriminação, na medida em que – oficialmente – fecha-se a brecha para as terapias de reorientação sexual ao especificar que o que pode ser investigado, debatido e tratado pelos psicólogos é a egodistonia, esta sim um transtorno a ser curado, ao contrário da orientação sexual propriamente dita.

Uma intervenção pode ser classificada em três intensidades⁸, as quais podem ser representadas por uma progressão geométrica: leve (peso $2^0 = 1$), média (peso $2^1 = 2$) ou grave (peso $2^2 = 4$). O mesmo vale para a necessidade de se preservar um determinado princípio. O fiel da balança para a decisão a ser tomada será o peso em concreto do princípio em questão, expresso pela **fórmula peso**: $W_{i,j} = W_i \cdot I_i / W_j \cdot I_j$, onde $W_{i,j}$ (quociente) é o peso concreto de um princípio i (P_i) em relação a um princípio j (P_j); I_i (dividendo), a importância do cumprimento do princípio i ou a intensidade da

características acidentais (de cor, orientação sexual e identidade religiosa) tidas por determinantes para o fato noticiado, mesmo que não o sejam”.

⁸ Alexy (2007, p. 84) admite a utilização de maior número de graus, se isto for necessário conforme as particularidades de cada caso concreto.

intervenção imposta a ele; e I_j (divisor), a importância do cumprimento do princípio em contrário j . A respeito dessa última importância, Alexy (2007, p. 145) ensina que a mesma será calculada segundo o quão intensivamente a não-intervenção em P_i repercutiria em P_j , o que corresponde à intensidade de uma intervenção hipotética por não-intervenção.

Os pesos *em abstrato* dos princípios (W_i e W_j) anulam-se reciprocamente, tendo em vista que em nosso sistema jurídico não há hierarquia entre princípios constitucionais, de modo que o peso em abstrato de todos os princípios é sempre igual. Apenas a partir da análise do caso concreto é que se poderá constatar qual dos dois pesos é maior *em concreto*, isto é, à luz das circunstâncias da situação concreta que se põe diante do juízo.

Anote-se que o fato de o peso concreto do princípio ser extraído a partir de uma fórmula que tem um componente exógeno – a relevância do princípio em contrário –, denota que esse peso concreto é um peso relativo, que se modificará caso a caso conforme duas variáveis: a necessidade de intervenção nesse princípio e a importância do resguardo do princípio em contrário.

O que a fórmula faz, pois, é ilustrar matematicamente o embate entre a importância dos dois princípios no caso concreto, que conduz ao valor do quociente. Após a anulação mútua dos pesos em abstrato W_i e W_j , subsistem I_i e I_j como componentes restantes da equação. Ora, estabelecer I_i como dividendo e I_j como divisor não é mais que provocar a emissão de um juízo de valor sobre qual dos princípios deve prevalecer, e o quanto deve prevalecer, em face do outro naquele caso.

Em todos os casos de empate o valor do peso concreto de um princípio é 1, o que ocorre quando $I_i = I_j$ (se $I_i = I_j$, então $I_i / I_j = 1$). Tais casos, segundo Alexy, devem ser solucionados pela discricionariedade do Legislativo: constatado pelo órgão judicial que nenhum dos dois princípios prepondera sobre o outro naquela situação específica, deve ele reconhecer a liberdade do parlamento para legislar em um ou outro sentido.

Quão maior for a gravidade da intervenção que se cogita em P_i e menor a importância do resguardo de P_j , mais favorável àquele princípio o resultado deve ser; a recíproca é verdadeira. Assim, um quociente superior a 1 importará necessariamente em

uma decisão mais favorável a P_i em detrimento de P_j , ao passo que um quociente inferior a 1 implicará o triunfo total ou parcial deste último princípio.

Isto posto, Alexy cita como exemplo de intervenção *leve* (peso 1) na liberdade de profissão o dever dos fabricantes de tabaco de fazer constar alertas em seus produtos sobre os perigos do fumo para a saúde, ao passo que uma proibição completa de comercializar tais produtos seria uma intervenção *grave* (peso 4). Perceba-se que na primeira hipótese não se está impondo nenhuma restrição direta ao comércio de tabaco, em que pese os fabricantes fiquem sujeitos ao risco de perder alguns clientes que venham a ser dissuadidos de fumar devido aos alertas. Já na segunda hipótese, mais do que restringir-se, proíbe-se totalmente aquela atividade profissional. O meio-termo entre esses dois cenários seria, pois, uma intervenção *média* (peso 2) que restringisse a venda de tabaco a *certas* espécies de fumo, que fossem menos danosas à saúde do que outras.

Trazendo-se essa lógica para a sentença em comento, a restrição do atendimento pelos psicólogos à seara da egodistonia pode ser igualmente classificada como uma intervenção *média* (peso 2) na liberdade científica, na medida em que se proíbe os profissionais de realizar *certos* tipos de atendimento relacionados à orientação sexual dos pacientes, quais sejam, os voltados ao intuito de alterar esta última. O valor de I_i nesse caso concreto, portanto, será 2 ($I_i = 2$).

Lado outro, conforme já explanado acima, a importância do cumprimento da não-discriminação há de ser calculada a partir da constatação do prejuízo que esse princípio sofreria acaso não se restringisse a liberdade científica na medida em que se o fez. Não impor aqui algum tipo de restrição significaria confirmar os termos da liminar antes concedida e portanto abrir espaço para o fomento de um perigo na modalidade “*bad tendency*” contra os homossexuais, como já exposto acima, caracterizando uma intervenção *grave* (peso 4) no princípio da não-discriminação; a restrição imposta pela sentença do juiz Waldemar, todavia, atenua significativamente esse risco e reduz essa intervenção na não-discriminação a um nível *leve* (peso 1). Isso porque, mesmo que circunscrito ao âmbito da egodistonia, o atendimento de homossexuais por psicólogos por motivos relacionados à sua orientação sexual ainda retém o *leve* potencial de produzir na sociedade a impressão de que existe ali algo a ser consertado.

De posse dos dois valores encontrados no parágrafo anterior, pode-se calcular a diferença proporcionada pela restrição da liberdade científica em favor da não discriminação: a intervenção nesse segundo princípio, outrora *grave* nos termos da liminar, torna-se *leve* nos termos da sentença de mérito, o que conduz à seguinte equação: $I_j = (2^2 - 2^0) = (4 - 1) = 3$.

Finalmente, inserindo-se os valores de I_i e I_j na fórmula peso, chega-se ao seguinte resultado: $W_{i,j} = I_i / I_j = 2/3 = 0.666\dots$ O peso concreto da liberdade científica, assim, será equivalente a algo em torno de 0.6, ou seja, inferior a 1, o que se mostra condizente com a opção do juiz Waldemar de privilegiar em sua sentença o outro princípio, qual seja, o da não-discriminação (que sofreu uma intervenção leve), em face do primeiro princípio (que sofreu uma intervenção média). Como não houve empate, não haveria outra alternativa disponível aos olhos do modelo de Alexy: o juiz estava obrigado a privilegiar a não-discriminação em relação à liberdade científica, em maior ou menor medida.

Neste momento cabe recordar que, enquanto mandamentos de otimização, os princípios não são absolutos, mas antes limitados principalmente por sua convivência com os outros princípios (ALEXY, 2007, p. 37). Essa liberdade científica, assim, não é absoluta, mas antes limitada por fatores ligados ao convívio em sociedade, como aponta Geraldo Miniuci (2017, p. 2):

Sou livre para aceitar qualquer pressuposto ou somente os pressupostos que podem ser aceitos pelos meus pares? Será lícito admitir como ponto de partida premissas ou hipóteses eticamente inaceitáveis, como, por exemplo, a que, numa pesquisa, assumisse como válida a ideia de que a humanidade se divide em raças superiores e inferiores?

Mais uma vez relembro que o Judiciário não possui conhecimentos técnicos para emitir pareceres sobre determinadas áreas técnicas, e considerando que o *status quo* da psicologia brasileira e mundial, por sua vez, não reconhece a validade das terapias de reorientação sexual, verifica-se que esse último motivo constitui razão suficiente para se impor algum grau de restrição à liberdade científica, ao menos quando combinado com o potencial lesivo dessa última em face do princípio da não-discriminação no caso em tela.

Percebe-se aqui que o juiz acertou na sentença, uma vez que as alternativas à disposição seriam igualmente incompatíveis com a ideia de ponderação de princípios: ou se confirmariam os termos da decisão liminar, o que, como já antes visto, não importaria nenhum sacrifício à liberdade científica, desconsiderando-se os riscos à não-discriminação; ou se proibiriam totalmente os atendimentos de psicólogos a homossexuais por razões ligadas à sua orientação sexual, incluindo-se aí as referentes à egodistonia, o que seria uma intervenção demasiado intensa na liberdade científica, além de prejudicial aos próprios homossexuais enquanto indivíduos, ao privá-los de receber o adequado tratamento psicológico para aquela patologia, o que também representaria uma intervenção no direito à saúde (art. 196 da CF). A decisão de mérito do juiz Waldemar é, pois, irrepreensível nesse aspecto. Todavia, ainda são necessárias algumas observações.

Os apontamentos até agora feitos sobre ambas as decisões dizem respeito exclusivamente ao contexto de justificação, e, nesse sentido, evidenciam o erro do juiz Waldemar em sua decisão liminar e seu acerto na sentença de mérito. Sob o prisma do contexto de descoberta, contudo, outros fatores sugerem a existência de razões sub-reptícias e perigos por trás das decisões aqui analisadas (HACHEM, 2017, p. 5).

De início, cabe apontar que, em que pese tenha a sentença afastado o prejuízo para a não-discriminação da maneira relatada acima, na prática subsiste o risco de os tratamentos para a egodistonia serem desvirtuados de modo a consistir em terapias de reorientação sexual, em especial no caso de adolescentes eventualmente coagidos por suas famílias a se submeter a tais terapias, como observa Daniel Wunder Hachem (2017, p. 7) ao discorrer sobre a decisão liminar:

Quando adolescentes começam a expressar sinais de homossexualidade, não raro são influenciados pela família a reprimir essas manifestações. Sofrem tentativas de convencimento de que é só uma fase, de que é necessário mudar, de que estão “desorientados” e carecem do auxílio técnico de um profissional da Psicologia para conseguirem passar por uma “reorientação sexual” – a exata expressão utilizada pela decisão judicial e, a partir de agora, autorizada pelo magistrado.

Perceba-se como a problemática descrita pelo autor acima se identifica patentemente com a retratada em *Cartman é um idiota*: Butters, um garoto inocente e

vítima de uma brincadeira maldosa de Cartman, é erroneamente tomado por homossexual pelo pai e induzido por este a passar uma estadia no acampamento de jovens para obter “orientação”, sem sequer se dar conta de que a situação diz respeito à sua sexualidade.

A ocorrência de situações como essa no mundo real é um fato que não pode ser desprezado. Os casos de Bradley e do outro garoto suicida do acampamento são representações dos tipos de problemas que pessoas reais podem enfrentar em “reformatórios” como esses.

Por sinal, há evidências para se afirmar que foi essa a intenção dos autores da ação, considerando-se, por exemplo, que a já citada autora Rozangela Alves Justino tem um longo histórico de militância pela patologização da homossexualidade (GALVÃO, 2009, p. 1) e, assim como seus litisconsortes, já havia sido condenada pelo CFP por oferecer a pacientes tratamentos nesse sentido, conforme antes mencionado.

Em paralelo a isso, mostra-se questionável a alegação do magistrado, presente tanto na sentença como numa nota anteriormente por ele divulgada (BITTENCOURT, 2017, p. 3), de que os termos de sua liminar teriam sido mal interpretados. Aquela decisão não menciona em nenhum momento a questão da egodistonia e, ademais, o termo “(re)orientação sexual” dificilmente pode ser compreendido como algo que não a ideia de se converter um homossexual em heterossexual ou vice-versa.

Sendo assim, não é de se descartar a possibilidade de que o deferimento da liminar pelo juiz nos aludidos termos de fato esteja imbuído de algum grau de homofobia, como apontam Dunker e Quinalha (2017, p. 6), muito embora não seja possível afirmá-lo categoricamente. E não o é justamente por tratar-se aqui de aspectos concernentes ao contexto de descoberta, cujo real e integral teor será sempre do conhecimento do magistrado e de ninguém mais, em que pese seja possível conjecturar sobre ele a partir das evidências.

Tal constatação, conforme já adiantado acima na Seção sobre a distinção entre os contextos de descoberta e justificação, impede que tais razões sejam invocadas para impugnar as decisões do juiz Waldemar Cláudio de Carvalho no âmbito jurídico, embora sejam importantes para a compreensão da conjuntura da decisão e suas implicações. A decisão liminar foi juridicamente incorreta não por sua possível carga

homofóbica, mas sim por ter ponderado inadequadamente os princípios em jogo. E a sentença de mérito permanece juridicamente correta por tê-lo feito de forma mais equilibrada, apesar dos mencionados riscos que ainda subsistem. O contexto de descoberta, novamente, não contamina o de justificação.

Não se pode, ainda, desconsiderar a possível influência do *backlash* do politicamente correto no veredito final do juiz Waldemar sobre o caso. A questão da egodistonia, afinal, não era mencionada no pedido inicial da ação e tampouco na liminar. Tudo indica, pois, que o juiz achou por bem encontrar uma solução mais palatável ao clamor social, sem contudo ceder totalmente, e assim escolheu uma saída “meio-termo” que combinou a correção jurídica com a autopreservação.

Finalmente, nota-se que a sentença de mérito vai ao encontro da moral veiculada em *Cartman é um idiota*: não há nada de errado com a homossexualidade, e não é possível “curá-la”, mesmo porque não se trata de uma doença.

3 CRIMINALIZAÇÃO DA INTOLERÂNCIA: ANTISSEMITISMO, RACISMO E HOMOFOBIA

O presente Capítulo versa sobre os posicionamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal em dois notórios julgamentos nos quais se discutiu a responsabilidade penal por atos de intolerância.

A Seção 3.1 narra episódios de *South Park* que contém passagens ou mensagens antissemitas. Em seguida, a Seção 3.2 abordará o notório caso Ellwanger, no qual um editor de livros foi condenado por racismo por divulgar obras de conteúdo antissemita, tendo a Suprema Corte entendido que os judeus são equiparáveis a uma raça para fins penais no que se refere àquele tipo penal.

A Seção 3.2, por sua vez, discutirá a decisão do STF que criminalizou a homofobia e transfobia no Brasil por equiparação com o racismo, após muitos anos de inércia do Congresso Nacional em legislar sobre a questão.

3.1 ANTISSEMITISMO EM *SOUTH PARK*

O antissemitismo é um tema recorrente em *South Park*, devido ao antagonismo entre o judeu Kyle e o nazista Cartman, sendo inúmeros os episódios da série que trazem referências ao judaísmo de forma pejorativa.

Em *A entidade*, a família de Kyle recebe em casa um primo que apresenta diversas características normalmente relacionadas aos judeus. Em certo momento, Kyle afirma o seguinte: “Eu passei cinco anos nesta cidade construindo um bom nome para os judeus e agora esse... Esse... Estereótipo aparece e acaba com tudo! Sabe qual é meu maior medo? Que eu me torne ele. Que de alguma forma os maneirismos dele comecem a pegar em mim, e eu me torne um estereótipo. Tipo, eu sou judeu e ele está me fazendo odiar judeus”.

Em *Dois dias antes do dia depois de amanhã*, Kyle se encaixa perfeitamente na seguinte afirmação de Cartman: “Todos os judeus carregam sacolas falsas de ouro em volta de seus pescoços para manter seguras as verdadeiras sacolas de ouro em volta de seus pescoços”.

Em *Bons tempos com armas*, quando Kyle diz que vai jogar sua arma ninja fora, Cartman afirma que ele não conseguirá, pois judeus não desperdiçam dinheiro. A afirmação soa como absurda, mas Kyle realmente acaba não tendo coragem de abrir a mão para jogar a arma fora.

Para introduzir a próxima discussão objetivada por este trabalho, concentrar-se-á aqui no episódio *Sr. Garrison ganha uma nova vagina*, o qual, apesar de não apresentar a questão judaica como pano de fundo principal, contém algumas passagens nesse sentido.

No episódio em questão, o sr. Garrison conclui que é “uma mulher presa em um corpo de homem” e decide se submeter a uma cirurgia de mudança de sexo conduzida pelo Dr. Biber, do Trinidad Medical Center. O professor, assim, torna-se a *sra.* Garrison. Paralelamente a isso, Kyle se candidata a uma vaga em um time de basquete que disputa o campeonato estadual; todavia, devido à sua baixa estatura, não consegue competir em igualdade com os demais candidatos – todos negros e altos. O seriado, aqui, alude ao estereótipo cultural norte-americano que relaciona os negros ao basquete.

O contexto do episódio deixa claro ao espectador que a razão do mau desempenho de Kyle no esporte quando em comparação aos demais aspirantes ao time reside tão somente no aspecto físico; a altura, afinal, é um dos atributos mais determinantes para a performance de um jogador de basquete. O técnico do time, porém, mesmo consciente disso, prefere dizer a Kyle que o garoto ficará de fora do time porque “judeus não jogam basquete”, repetindo assim uma alegação manifestada anteriormente pelo antissemita Cartman.

No caminho de casa, os garotos encontram a agora *sra.* Garrison, que lhes conta sobre a cirurgia. Kyle, então, pergunta aos pais o que é uma mudança de sexo. Ao passo que lhe explica o termo, sua mãe, Sheila Broflovski, defende a legitimidade das cirurgias plásticas como um importante auxílio às pessoas “cuja aparência física não condiz com sua autoimagem”. Ao elogiar a coragem da *sra.* Garrison, contudo, ela acaba dando a entender que os problemas de Kyle com relação ao time de basquete também podem ser resolvidos de forma cirúrgica. O garoto então vai ao Trinidad, onde o Dr. Biber lhe sugere uma “negroplastia” para torná-lo negro e alto – o que é feito, em

parte, transplantando-se os testículos retirados do então ainda sr. Garrison para os joelhos de Kyle, aumentando sua altura.

Uma das falas de Kyle é icônica nesse sentido: “Quero ser negro e alto. Eu me *sinto* negro e alto. Não quero ser baixo e judeu”. O episódio, aqui, como em vários outros trechos, satiriza os transexuais, comparando sua incongruência de gênero ao desejo estapafúrdio de Kyle de tornar-se negro e alto sob a justificativa de que se “sente” como tal. Mas a fala também merece atenção pela forma como Kyle contrapõe os adjetivos *negro* e *judeu* como se fossem opostos, tal como os adjetivos *alto* e *baixo*, e como se os judeus formassem um grupo étnico-racial, ou os negros formassem uma religião. Uma possível explicação para tanto é que Kyle contrapõe os termos *negro* e *judeu* usando como critério o desempenho esportivo: negros são bons no basquete, e judeus não.

3.2 O CASO ELLWANGER

Para os fins deste trabalho, todavia, interessa agora somente a ideia dos judeus como um grupo étnico-racial, quer se concorde com ela ou não. Nessa esteira, as passagens de *Sr. Garrison ganha uma nova vagina* podem ser relacionadas com o caso Ellwanger, julgado pelo STF em 2003:

Um editor de livros gaúcho – o Rio Grande do Sul se caracteriza, vale lembrar, pela forte colonização alemã e pela existência eventual mas relevante de defensores da secessão – chamado Siegfried Ellwanger Castan escreveu, publicou e editou a obra “Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da Mentira do Século”. No livro, veiculado pela Editora Revisão, o autor buscava demonstrar, com intuito pretensamente histórico, que o verdadeiro extermínio ocorrido na Segunda Guerra teria vitimado os alemães [...].

Afora isso, a editora, de propriedade de Ellwanger, ainda publicou diversas outras obras, de autores consagrados ou não, com conteúdo antissemita (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 152).

Devido a essas condutas, Ellwanger foi denunciado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul em 1991 por incitação ao racismo, nos termos do art. 20 da Lei 7.716/1989 (Lei Caó), incluído pela Lei 8.081/1990: “Praticar, induzir ou incitar, pelos

meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional” (BRASIL, 1989).

Saliente-se que, até o advento da Lei 8.081/1990, a Lei Caó não possuía dispositivo que criminalizasse expressamente a conduta imputada a Ellwanger, qual seja, a de difundir o racismo pelos meios de comunicação, em que pese o referido diploma legal se predispuesse a enquadrar o racismo de forma geral. As condutas nele previstas eram outras, tais como: “Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos” (art. 3º) ou “Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador” (art. 5º) (BRASIL, 1989).

Nesse sentido, pondera Livaldo Britto (2019, p. 17-18) que o texto da Lei Caó, malgrado constituísse um avanço para a época, teria pecado ao optar pela enumeração das condutas preconceituosas em tipos penais fechados, relegando assim o enquadramento de tantas outras.

Absolvido em primeira instância, o réu foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), em grau de apelação, à pena mínima (dois anos), aplicando-se-lhe a suspensão condicional da pena.

A defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que denegou a ordem. Daí o novo *habeas corpus*, dirigido ao STF.

Na impetração, o único argumento levantado era a questão da extinção da punibilidade, em virtude da prescrição. Isso porque, de acordo com o inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal (CF), o crime de racismo é inafiançável e imprescritível. Mas, de acordo com o que sustentava a defesa, como os judeus não constituíam uma raça, não se poderia punir o paciente pelo crime de racismo. Logo, o delito cometido poderia prescrever (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 153).

Após diversos debates e pedidos de vista, num julgamento que se arrastou por quase um ano, o STF indeferiu o *habeas corpus* (HC) por 8x3, mantendo-se assim a condenação do paciente (BRASIL, 2003).

Isto posto, este trabalho agora se propõe a avaliar o mérito do referido *writ of mandamus*, para determinar se a Suprema Corte acertou nas razões que invocou para afastar a objeção da defesa quanto a configuração do crime de racismo e sua imprescritibilidade.

Inicialmente, cabe relatar que o tratamento diferenciado conferido pela Constituição a esse delito deveu-se à iniciativa, dentre outros, do militante do movimento negro e deputado federal constituinte Carlos Alberto Caó Oliveira, falecido em 2018 e responsável pela redação do supramencionado art. 5º, XLII da CF: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Igualmente de autoria do referido deputado, a Lei 7.716/89 veio posteriormente para regulamentar o dispositivo constitucional ao definir quais condutas configurariam a prática do racismo e ficou conhecida como Lei Caó (RONCOLATO, 2018).

Vale ressaltar que, até o advento da atual Constituição em 1988, o racismo no Brasil não era considerado um crime em sentido estrito, mas sim uma contravenção penal assim tipificada pela Lei Afonso Arinos de 1951 (JORDÃO, 2019, p. 1).

Ocorre que, como já relatado acima, a publicação dos livros por Ellwanger se deu antes que fosse incluído, na Lei Caó, o dispositivo que criminalizava a conduta do réu. O editor gaúcho, por sinal, viria a responder a outro processo criminal por reincidir nessa mesma conduta após a denegação do HC pelo STF – foi flagrado em 1996 divulgando e comercializando os mesmos livros já proibidos face à condenação anterior de segunda instância por racismo. Nesse segundo processo, sua defesa inclusive alegou que aquele dispositivo em que fora enquadrado o acusado teria sido incluído na lei entre um e outro processo visando especificamente o próprio réu, devido a pressões da comunidade judaica junto a parlamentares no Congresso (RIO GRANDE DO SUL, 2004).

Dessa forma, a condenação original de Ellwanger como incurso no art. 20 da Lei Caó por incitação ao racismo violou o princípio da anterioridade da lei penal, que por sinal também se localiza em um dos incisos do mesmo art. 5º da CF que versa sobre o crime de racismo.

Aqui se verifica, pois, o primeiro erro do STF no julgamento do caso, tendo acertado nesse sentido o voto vencido do ministro Carlos Ayres Britto, que concedia o HC de ofício – isto é, por iniciativa do próprio órgão julgador, ao detectar outros fundamentos para a soltura do paciente que não os mesmos invocados por este último

em seu apelo – por não enxergar justa causa para a instauração de processo penal contra o réu já na origem.

3.2.1 Considerações sobre o crime de racismo e seu regramento constitucional

Como o tipo penal do art. 20 da Lei Caó não existia à época da publicação dos livros, Ellwanger não poderia ter sido processado na esfera criminal, embora suas condutas ainda fossem passíveis de responsabilização no âmbito cível. Essa é uma constatação relativamente simples. Mais complexas, por sua vez, são as reflexões necessárias para se entender a incorreção do veredito do STF também quanto à questão invocada no HC, qual seja, a configuração ou não de racismo contra judeus nas condutas do paciente.

A esse respeito, esclarece Cavalcante Filho (2018, p. 155-161) que o relator do caso, ministro Moreira Alves, concedeu o HC aderindo aos fundamentos da defesa no sentido de não poderem os judeus sob nenhum ponto de vista serem considerados uma raça, não havendo assim que se falar em racismo e sendo portanto prescritível a conduta delituosa de Ellwanger. Aliás, os escritos de cinco rabinos consultados pelo ministro diziam que nem mesmo os próprios judeus se reconheciam como uma raça específica (RECONDO; WEBER, 2019, 220).

Parte das premissas adotadas por Moreira Alves foram adequadamente refutadas pelo voto seguinte, do ministro Maurício Correa, que abriu a divergência seguida pela maioria de seus pares fundamentando-se no mapeamento do genoma humano, a partir do qual em 2000 se constatou que, do ponto de vista científico, não há base genética para diferenciar os seres humanos em raças. “O ponto da argumentação é: se cientificamente não existe raça *alguma*, ou a descrição típica do racismo baseia-se em um conceito *social* de raça, [ou] não faz sentido algum sua criminalização, seja em relação a judeus ou a negros” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 164).

O ex-ministro das Relações Exteriores Celso Lafer (2004b, p. 64), de ascendência judaica e que atuou como parecerista na condição de *amicus curiae* no julgamento de Ellwanger, esclarece a questão de forma mais prolixa:

Neste sentido é essa a quarta conclusão deste parecer: discutir o crime da prática do racismo a partir do termo raça nos termos dos argumentos apresentados no HC 82424-2 em favor de Siegfried Ellwanger é uma maneira de reduzir e, no limite, esvaziar completamente o conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, LXII, devidamente disciplinado pela legislação infraconstitucional, convertendo-o em crime impossível. O art. 5º, LXII, não menciona raça e o conteúdo jurídico do crime da prática do racismo reside nas teorias e preconceitos que discriminam grupos e pessoas a eles atribuindo características de uma “raça”. Só existe uma “raça” – a espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os indígenas, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam uma raça, o que não exclui, ressalvo, o direito à diversidade. No entanto, todos são passíveis de sofrer a prática do racismo.

Abriu-se caminho, assim, para o enquadramento das condutas de Ellwanger no tipo penal do racismo com base no entendimento de que os judeus, embora não constituam uma raça do ponto de vista biológico, podem ser *socialmente* considerados uma raça nos casos que envolvam a difusão de ideias de cunho nazista, uma vez que a base ideológica do nazismo pressupõe a superioridade da “raça” ariana sobre a “raça” judaica e outras “raças” tidas como inferiores.

O raciocínio de Maurício Correa é correto nesse ponto; torta é a conclusão que dele se extraiu. De fato, a criminalização do racismo já não pode mais se basear em critérios biológicos, mas antes em critérios sociais. Contudo, tais critérios sociais, ao menos no Brasil, não deveriam incluir os judeus, uma vez que aqui, diferentemente da Alemanha e outros países da Europa, não existe um histórico particular de massacre ou discriminação contra esse grupo (BRASIL, 2003).

A conscientização sobre a diferença de contextos existente entre os processos históricos brasileiro e europeu é fundamental para a compreensão da posição aqui sustentada sobre o caso Ellwanger, como se verá na Subseção a seguir.

3.2.2 Uma visão originalista

Ainda naquela linha de raciocínio, o voto do ministro Marco Aurélio Mello critica a “importação” de questões estrangeiras, alheias à realidade brasileira, para se decidir um caso ocorrido em território nacional (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 171-174).

É imprescindível que a solução deste *habeas* passe necessariamente por exame da realidade social concreta, sob pena de incidirmos no equívoco de pressupostos culturais europeus, a partir de acontecimentos de há muito suplantados e que não nos pertencem e, com isso, construirmos uma limitação direta à liberdade de expressão do nosso povo baseada em circunstâncias históricas alheias à nossa realidade (BRASIL, 2003).

Analisando-se os discursos proferidos por parlamentares no contexto da aprovação da Emenda Aditiva 2P00654-0, que daria origem ao art. 5º, XLII da CF, tudo leva a crer que a preocupação do legislador constituinte ao elaborar o dispositivo foi específica para com os negros (MORALES, 2011, p. 181), tendo em vista a discriminação histórica decorrente da escravidão que sobre eles recai. Poder-se-ia, quando muito, estender tal preocupação aos índios, igualmente vítimas dos colonizadores portugueses durante o processo de formação do Brasil. Mas não aos judeus.

Dessa forma, conclui-se que o voto vencedor do ministro Maurício Corrêa, com o qual concordaram sete de seus colegas (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 151-180), ignorou a interpretação **originalista** do direito, cuja ideia central consiste em reconhecer que “o propósito de uma Constituição escrita é fixar normas para vigor indefinidamente, a menos que sejam modificadas pelo procedimento que ela própria contempla (ou seja, por via de emenda)” (MORALES, 2011, p. 32).

Paul Brest (1980, p. 135) define o originalismo como a abordagem hermenêutica que vincula a autoridade judiciária ao texto da Constituição ou às intenções de seus constituintes. A justificativa mais aceita para tal abordagem, esclarece o autor, consiste tão somente no reconhecimento da Constituição como a suprema *law of the land*, ou seja, na noção da supremacia constitucional, consoante descrita por José Afonso da Silva (2014, p. 48). A Constituição manifesta a vontade do povo (conforme inclusive se encontra implícito no preâmbulo da CF/88, no caso brasileiro), e a tarefa do intérprete é averiguar essa vontade para dar-lhe cumprimento:

Se assim não fosse, se pudessem os juízes governar áreas que não lhes fossem atribuídas por cláusulas específicas da Constituição, então não haveria direito que não a vontade do juiz. Cediço é que tal situação não se afigura legítima em uma democracia [...].

A única forma através da qual pode a Constituição limitar os juízes é se os mesmos interpretarem as palavras do documento de acordo com as intenções daqueles que elaboraram, propuseram e ratificaram suas previsões e emendas [...].

Um conceito de intenção original, um que se concentre sobre cada previsão específica da Constituição em vez de fazê-lo sobre valores generalizados, é essencial para evitar que os tribunais invadam a esfera própria do governo democrático [...].

A conclusão, creio eu, deve ser a de que apenas limitando-se às intenções históricas subjacentes a cada cláusula da Constituição é que podem os juízes deixar de tornarem-se legisladores, deixar de impor suas próprias predileções morais, e garantir que a Constituição seja direito (BORK, 1985, p. 2-7) (*tradução do autor*).

No entanto, o originalismo também pode se assentar sobre fundamentos de ordem mais instrumental: a adesão ao texto e às intenções do constituinte originário restringe a discricionariedade dos julgadores e garante que a Constituição seja interpretada de forma regular e consistente através do tempo (BREST, 1980, p. 135), privilegiando-se, assim, a segurança jurídica.

Assim, qualquer que fosse a justificativa acolhida para a abordagem originalista nesse caso concreto, se o constituinte originário concebeu o art. 5º, XLII como uma norma voltada ao preconceito de cor, “*e cor negra*”, como enfatizou em seu voto o ministro Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2003), não caberia ao Judiciário expandir o escopo dessa norma para incluir os judeus. Visando preservar a legitimidade da atuação dos Tribunais, o originalismo prega uma postura de contenção judicial em face dos atos dos órgãos detentores de mandato popular (*judicial restraint, judicial deference*), conforme Miguel Nogueira de Brito (2005, p. 60).

3.2.3 A mutação (in)constitucional

Distanciando-se do originalismo, porém, o STF preferiu seguir linha oposta, indo além dos contornos imaginados pelo legislador constituinte quando da elaboração da Carta Política para implementar uma **mutação constitucional**, termo que denota um processo informal por meio do qual se altera o conteúdo da Constituição através da releitura do sentido de seus dispositivos, sem contudo alterar-lhe o texto escrito.

Ocorre, todavia, que tais processos só se justificam quando se trata de preencher lacunas do Texto Constitucional ou de adaptá-lo a uma nova realidade social, como escreve Anna Candida da Cunha Ferraz (2015, p. 58-59). E no caso em comento não havia nenhuma lacuna ou nova realidade que ensejasse a referida mudança. O que fez a Suprema Corte no julgamento do HC de Ellwanger foi justamente o contrário: em vez de interpretar-se um dispositivo constitucional de 1988 à luz da realidade brasileira em 2003, interpretou-se-o conforme uma realidade europeia de 1940, marcada pela perseguição aos judeus promovida pelo nazismo. Uma mutação constitucional às avessas, ou, como diria aquela autora, uma mutação inconstitucional, voltada para um tempo e um *locus* que não o Brasil do século XXI.

Proferiu-se, assim, uma decisão assentada em fundamentos descolados da realidade brasileira, sendo este o segundo erro do STF no caso Ellwanger.

Richard Posner (2008, p. 358-359) cita uma decisão da Suprema Corte japonesa que autorizou o financiamento público de uma cerimônia religiosa – algo que dificilmente seria permitido na tradição jurídica ocidental – para ilustrar a noção de que certos posicionamentos judiciais dependem de particularidades da cultura local que podem não se verificar em outras culturas.

Não se pode, pois, tratar o mundo inteiro como se fosse uma única “juridição universal”; cada país tem suas particularidades e isso também repercute na esfera jurídica. A solução correta para um caso no direito alienígena pode não se mostrar adequada para o direito pátrio. Nessa esteira, a tese vencedora no caso Ellwanger, malgrado se pudesse justificar no contexto de algum país europeu, não se sustenta aos olhos do ordenamento jurídico nacional.

Robert Alexy (2005, p. 242-243) inclusive alerta que os argumentos baseados no sentido da letra da lei ou na vontade do legislador a princípio têm precedência sobre os demais; logo, uma mutação constitucional, cuja natureza pressupõe justamente o desgarramento em relação àqueles baluartes, é algo que demanda um ônus argumentativo *superior* àquele exigido para as decisões judiciais em geral. Em vez disso, o que se viu por parte do STF foi uma carga argumentativa deficiente, *inferior* em relação à média (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 151-180).

3.2.4 Delimitação constitucional da abrangência do crime de racismo

Existe, no entanto, mais um aspecto ainda a ser abordado: à época do julgamento, o art. 20 da Lei Caó, com base no qual Ellwanger foi condenado, já incluía não apenas o preconceito de raça (o que, como já visto acima, deve ser entendido como preconceito de *cor*), mas também o preconceito por *religião*, etnia ou procedência nacional. Ora, os judeus não são uma raça no sentido biológico do termo, mas são indiscutivelmente seguidores de uma religião. Acaso tivesse Ellwanger publicado seus livros após a inclusão desse trecho na lei, poderia ele ter sido enquadrado nesse artigo por incitação ao racismo contra um grupo religioso, independentemente da discussão trazida nos parágrafos anteriores sobre a inclusão ou não dos judeus no conceito *social* de raça?

Para responder a essa pergunta, é necessário entender a relação entre a norma constitucional do art. 5º, XLII e seu dispositivo regulamentador, a Lei Caó.

3.2.4.1 Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais

Na classificação de José Afonso da Silva (2004), as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, contida, ou limitada. Discorrer-se-á, agora, sobre o que define cada uma dessas espécies, para constatar em qual dos espectros se encontra a norma do art. 5º, XLII da CF que impõe a inafiançabilidade e imprescritibilidade do racismo, e em seguida destrinchar as repercussões jurídicas do enquadramento.

De eficácia plena são as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição em questão, já estão aptas a produzir eficácia. Por tal motivo, são definidas como de aplicabilidade direta, imediata e integral, não necessitando de nenhuma legislação ou regulamentação a elas posterior para que possam produzir seus efeitos jurídicos. A maioria das normas constitucionais se encaixa nessa categoria (SILVA, 2004, p. 88).

Exemplos de normas constitucionais de eficácia plena são o art. 1º, que define a República Federativa do Brasil como um Estado democrático de direito formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Direito Federal, além de enumerar os fundamentos dessa República e consagrar o princípio da soberania popular, exercida por meio da democracia ora direta, ora representativa; o art. 2º, que estabelece a divisão

tripartite dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; e tantos outros mais, como observa José Afonso da Silva (2004, p. 99-100):

Alguns exemplos, extraídos, aqui e ali, da Constituição Federal, ilustram essa ideia geral sobre as normas plenamente eficazes e de aplicabilidade imediata:

[...]

2.” É vedada a cassação de direitos políticos [...]” (art. 15); “É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar” (art. 17º, § 4º).

[...]

4. “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (art. 44).

5. “Cada legislatura terá a duração de quatro anos” (art. 44, parágrafo único).

6. “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal” (art. 45).

7. “Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos” (art. 46, § 1º).

[...]

9. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado (art. 76).

Já as normas de eficácia contida são aquelas dotadas de aplicabilidade direta e imediata, porém não integral, uma vez que o legislador infraconstitucional pode restringir-lhes essa eficácia. Enquanto não sobrevier lei que discipline uma norma de eficácia contida, esta irá produzir seus efeitos de forma plena.

É este o caso da norma do art. 5º, XIII da CF: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Isto é, o exercício de qualquer profissão no Brasil é, a princípio, livre; todavia, se a lei impuser requisitos para o desempenho de alguma profissão, não poderá a mesma ser exercida por quem não preencha tais requisitos, requisitos estes que não estarão na norma constitucional e sim na lei infraconstitucional que venha a regulamentá-la:

Parece-nos, contudo, que o princípio da liberdade de exercício profissional, consignado no dispositivo, é de aplicabilidade imediata. Seu conteúdo envolve também a escolha do trabalho, do ofício ou da profissão, não apenas o seu exercício. O legislador ordinário, não obstante, pode estabelecer qualificações profissionais para tanto (SILVA, 2004, p. 106).

Foi o que aconteceu, por exemplo, com a advocacia: antes facultativo, o Exame de Ordem passou a ser obrigatório para todos os que se predispõem a atuar como causídicos após a promulgação do Estatuto da OAB (Lei 8.906/94).

De eficácia limitada, por sua vez, são as normas de aplicabilidade indireta, mediata e postergada, pois somente a partir de uma norma posterior que as regulamente é que poderão produzir eficácia. “São de eficácia limitada porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante leis complementares ou ordinárias integrativas” (SILVA, 2004, p. 122).

As normas de eficácia limitada subdividem-se em: normas de princípio institutivo e normas de princípio programático ou programáticas. As primeiras têm por função emoldurar a estruturação e atribuições de órgãos, entidades e institutos, sempre indicando uma legislação futura que lhes complemente a eficácia e lhes dê efetiva aplicabilidade, a exemplo dos arts. 90, § 2º (“A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República”) e 113 da CF (“A lei disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho, assegurada a paridade de representação de trabalhadores e empregadores”) (SILVA, 2004, p. 123).

Já as normas programáticas são as que indicam princípios e orientações gerais na implementação de políticas públicas e programas de Estado. Tais normas são trazidas pelo Texto Constitucional “apenas em *princípio*, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários”, nos dizeres de José Afonso da Silva (2004, p. 137). O art. 196 da CF, que consagra a saúde como “direito de todos e dever do Estado” e serve de base constitucional para o Sistema Único de Saúde, é um arquétipo de norma de princípio programático, assim como o art. 218, que impõe ao Estado a obrigação de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

A classificação de José Afonso da Silva (2004) ainda reparte as normas de princípio programático em outras subdivisões mais específicas. Para os fins deste trabalho, todavia, interessa debruçar-se sobre apenas uma delas: a das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, quais sejam, as que expressamente atribuem às respectivas leis regulamentadoras posteriores a função de definir os exatos termos em que se dará a sua aplicação.

Exemplos dessa subcategoria podem ser encontrados no art. 7º, da CF, cujos incisos XI e XX respectivamente asseguram: aos trabalhadores, “a participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, a participação na gestão da empresa, *conforme definido em lei*”; e às mulheres, a proteção especial no mercado de trabalho, “mediante incentivos específicos, *nos termos da lei*”.

É nessa subdivisão que se insere a já mencionada norma do art. 5º, XLII da CF sobre o racismo, definido como inafiançável e imprescritível *nos termos da lei*. O referido dispositivo não pode ser considerado de eficácia plena ou tampouco contida, porquanto expressamente dependente de uma lei que o regulamente, não possuindo portanto a aplicabilidade direta e imediata que caracteriza aquelas categorias. Como punir alguém por racismo com os fardos da inafiançabilidade e imprescritibilidade sem uma lei para definir em quais termos se dá o enquadramento desse delito, cumprindo assim a determinação expressa do dispositivo constitucional?

O fato de o art. 5º, XLII da CF qualificar o racismo como *crime* já denota por si só que não poderia ser a Lei Afonso Arinos a regulamentá-lo. Pelo contrário: o que se verificava era um choque entre essas duas normas, na medida em que essa última lei enquadrava como contravenção penal algo que passou a ser considerado pela CF/88 um crime em sentido estrito. Um choque que inclusive vitima aquele trecho da lei, que resta sem eficácia na medida em que incompatível com a nova ordem constitucional:

A tese vale para todas as normas constitucionais, sejam de eficácia plena, de eficácia contida ou de eficácia limitada, inclusive as programáticas. Nesse ponto, as normas programáticas revelam-se com eficácia tão plena como qualquer outra. E a lei anterior com elas incompatível deve ser considerada revogada, por inconstitucionalidade. Aliás, do ponto de vista da eficácia das normas programáticas em relação às leis precedentes, pouco importa dizer se há inconstitucionalidade pura e simples, se há revogação pura e simples ou se há revogação por inconstitucionalidade. Relevante, mesmo, é fixar a tese

dessa eficácia invalidadora das normas preexistentes incompatíveis [...] (SILVA, 2004, p. 163).

Mas ainda que a Lei Afonso Arinos estivesse apta a regulamentar o art. 5º, XLII da CF – vale dizer, se a referida lei também enquadrasse o racismo como crime, ao invés de contravenção –, isso também não infirmaria a constatação de que existe, afinal, uma relação de dependência entre a norma constitucional e o dispositivo infraconstitucional que venha a completar-lhe a eficácia. O fato de já existir um marco regulamentador adequado a suprir a lacuna eficaz de uma norma constitucional quando do advento dessa última apenas confirma, afinal de contas, que tal lacuna existe. E se existe, então se está diante de uma norma constitucional de eficácia limitada.

Continuando, verifica-se ainda que, dentro da categoria das normas de eficácia limitada, o art. 5º, XLII é uma norma programática, porquanto estabelece uma diretriz a ser seguida pelo Estado brasileiro: a de tipificar o racismo como crime em sentido estrito. E, concomitantemente ao fazê-lo, impõe desde logo a esse crime por-vir os encargos da inafiançabilidade e imprescritibilidade.

3.2.4.2 A inconstitucionalidade das alterações ocorridas na Lei Caó

Restando assim constatada a qualificação do art. 5º, XLII da CF como norma constitucional programática, passa-se agora ao exame das implicações jurídicas desse enquadramento.

A principal consequência de tal constatação é que a lei que venha a regulamentar a norma constitucional não pode ampliar o seu conteúdo, expandindo o escopo de abrangência do assunto que disciplina⁹. Paulo Pimenta (1999, p. 201-203) sustenta que isso equivale a um desvio de poder legislativo, com o legislador infraconstitucional indo além dos limites emoldurados pelo legislador constituinte originário:

A doutrina constitucionalista moderna tem admitido a possibilidade de transferência da teoria do desvio de poder, surgida na França, em 1864, através da decisão do Conselho de Estado; para o âmbito dos atos legislativos [...].

⁹ Ressalvado entendimento em sentido contrário de, por exemplo, Uadi Lammêgo Bulos (2017, p. 160).

A doutrina alemã adota esse entendimento, sustentando que a liberdade de conformação do legislador pode ser objeto de censura, porque a discricionariedade do legislador implica liberdade e conformação, ou seja, existe liberdade no âmbito fixado pela norma constitucional.

A doutrina portuguesa orienta-se no mesmo sentido [...].

No Brasil a tese foi sustentada por Ruy Barbosa em 1983, embora ele não falasse expressamente em desvio de poder, admitindo a existência de limites na discricionariedade legislativa.

[...]

O desvio de poder dos atos legislativos situa-se no âmbito da inconstitucionalidade material, estando relacionado diretamente com as normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado. Com efeito, tais preceitos limitam a atividade do legislador, que deve se conformar, pois, aos ditames traçados pelo constituinte.

Assim, da mesma forma como um decreto que visa regulamentar uma lei não pode exorbitar o conteúdo daquela lei, como ensina o ex-presidente da República Michel Temer (2008, p. 160), não pode uma lei ordinária integrativa de uma norma constitucional programática transbordar o conteúdo desta última, sob pena de inconstitucionalidade.

Transpondo-se esse cânone para o caso concreto, significa dizer que o fato de a Lei Caó servir de instrumento regulamentador ao dispositivo constitucional que versa sobre a criminalização do racismo não permite ao legislador infraconstitucional, por meio dessa lei, criminalizar como racistas condutas derivadas de outros preconceitos que não o de cor, tais como os decorrentes de religião (intolerância religiosa) ou procedência nacional (xenofobia).

Sendo assim, conclui-se que as Leis 8.081/90 e 9.459/97, que incluíram na redação da Lei Caó os preconceitos de religião e procedência nacional, são, nesse aspecto, inconstitucionais. Não se poderia ter enquadrado nessa lei condutas que não se amoldassem àquilo que o constituinte originário especificamente entendeu por racismo.

Sob uma perspectiva originalista, há registros da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 que evidenciam como o art. 5º, LXII foi concebido pensando-se na questão negra, isto é, no preconceito de raça ou de cor, conforme trazido pelo voto do relator Moreira Alves:

O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele – converge para dar a “racismo” o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. Com efeito, a Emenda Aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caó (“A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”), apresentada em 12.01.1988, tinha a seguinte justificação:

“Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime”.

[...]

Em seguida o Constituinte José Lourenço, depois de dizer “procurei formular algumas palavras sobre o racismo, mas não as encontrei na mente nem nas conversas amenas, mas encontrei no livro que todos os brasileiros conhecem e num dos maiores poetas do nosso país, Castro Alves, em ‘O Navio Negreiro’”, recitou essa poesia, concluindo com estas palavras: “Adeus!... adeus!... racismo, jamais!” (BRASIL, 2003).

Assim, muito embora a intolerância religiosa e xenofobia pudessem ser criminalizadas pelo legislador, não poderiam contudo ser enquadradas como racismo para fins de prescrição e fiança. Dessa forma, a fim de não se invalidar a lei como um todo, caberia à jurisdição constitucional determinar sua interpretação conforme a Constituição a fim de que sobre os preconceitos nela criminalizados e que não sejam referentes à raça ou cor não incidissem os ônus da inafiançabilidade e imprescritibilidade.

Tal expansão do conceito de racismo se mostra especialmente perniciosa no Direito Penal, onde os precedentes do próprio STF (BRASIL, 2011a) sustentam que a interpretação extensiva é vedada nos casos em que acarretar um desvirtuamento na *mens legis*. Justamente o que se daria no caso, pois, como já visto acima, a norma do art. 5º, XLII da CF foi concebida para resguardar os negros e não há no Brasil circunstâncias específicas que justifiquem a extensão da sua abrangência aos judeus.

Verifica-se que a Lei Caó, que veio para substituir a excessivamente branda e imprecisa Lei Afonso Arinos, foi alterada pela legislação posterior de maneira que

criou-se um problema oposto: expandiu-se demasiado o escopo do racismo, na mesma linha do veredito do caso Ellwanger. Como advertiu Moreira Alves em seu voto, o STF acabou por tornar o racismo “um tipo [penal] de conteúdo aberto, uma vez que os grupos humanos com características culturais próprias são inúmeros” (BRASIL, 2003). Surge, assim, o risco de banalização desse termo, contribuindo para o seu desgaste enquanto denominador de uma problemática social que deve ser encarada com seriedade.

3.2.5 Outras questões debatidas no julgamento

O voto do ministro Celso de Mello aponta para a existência de vários tratados e convenções internacionais de que o Brasil é signatário e que impõem o combate a todas as formas de racismo (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 157-161). Alinhando-se aos argumentos do parecer de Celso Lafer, o então decano colacionou entendimentos de acadêmicos segundo os quais a discriminação contra os judeus enquadrar-se-ia no espectro do racismo.

Essa argumentação é bem sucedida no sentido de demonstrar que a imputação do racismo não pode se prender ao conceito biológico de raça, mas não consegue superar os outros óbices anteriormente aqui levantados, quais sejam: a anterioridade da lei penal; a falta de elementos que evidenciem uma preocupação específica para com os judeus na intenção do legislador constituinte originário ou que justifiquem sua inclusão na abrangência do art. 5º, XLII à luz da realidade brasileira; e a impossibilidade de se expandir essa abrangência por meio da lei infraconstitucional.

Saliente-se que, segundo o entendimento do próprio STF, os tratados e convenções internacionais referentes a direitos humanos aprovados pelo Brasil antes da EC 45/2004 possuem status de normas supralegais, estando acima das leis e abaixo da Constituição (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2018, p. 1273-1274). Todos os diplomas internacionais mencionados no parecer de Celso Lafer e no voto de Celso de Mello se enquadram naquela categoria, posto que o julgamento se deu em 2003. Enquanto normas supralegais, tais tratados e convenções introduzidos no ordenamento

jurídico não possuem o condão de modificar a concepção de racismo assumida pelo constituinte.

O voto do ministro Marco Aurélio Mello, por sua vez, apesar de correto na conclusão (pelo deferimento do HC), merece reparos em sua fundamentação. Marco Aurélio reconhece que os escritos de Ellwanger, em sua tentativa de promover um revisionismo histórico em relação a eventos como o Holocausto e a Segunda Guerra Mundial, refletem preconceitos do autor em relação aos judeus; todavia, considera que tais preconceitos, no âmbito penal, estariam albergados pela cláusula constitucional de liberdade de expressão, e só incidiriam no crime de racismo caso o réu incitasse diretamente a prática de atentados contra a integridade física dos judeus:

Só estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas idéias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuisse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo “morte aos judeus”, “vamos expulsar estes judeus do País”, “peguem as armas e vamos exterminá-los”. Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento (BRASIL, 2003).

A argumentação de Marco Aurélio, assim, aproxima-se das teorias norte-americanas do *clear and present danger* e da *imminent lawless action*, como anota Cavalcante Filho (2018, p. 171-174).

Ocorre que tais teorias, em que pese possam influenciar a jurisprudência brasileira em alguns momentos, não são o norte mais adequado para se interpretar a liberdade de expressão à luz do ordenamento jurídico nacional, uma vez que aqui não se verifica a posição privilegiada conferida àquele princípio pela Primeira Emenda à Constituição norte-americana.

Ao invés disso, a liberdade de expressão na Constituição brasileira se encontra em pé de igualdade com outros valores, em face dos quais pode ser ponderada e limitada. Evidência disso é o fato de o mesmo art. 5º, IV da CF, que preconiza essa liberdade de expressão, vedar o anonimato de quem ela faça uso. Essa vedação visa possibilitar a responsabilização do interlocutor, caso este incorra em ilícito ao exercer a aludida garantia constitucional. A respeito do tema, discorre Luís Roberto Barroso (2005, p. 13):

Independentemente da tese que se acaba de registrar, é evidente que tanto a liberdade de informação, como a de expressão, e bem assim a liberdade de imprensa, não são direitos absolutos, encontrando limites na própria Constituição. É possível lembrar dos próprios direitos da personalidade já referidos, como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem (arts. 5º, X e 220, § 1º), a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XIII), a proteção da infância e da adolescência (art. 21, XVI62); no caso específico de rádio, televisão e outros meios eletrônicos de comunicação social, o art. 221 traz uma lista de princípios que devem orientar sua programação.

No caso em comento, percebe-se que os escritos de Ellwanger, acaso tivessem por alvo não os judeus, mas sim outras vítimas, capazes de ostentar a condição de sujeitos passivos do crime de racismo, estariam a ferir o preceito do art. 5º, XLII da CF, o qual se encontra no mesmo patamar hierárquico que o art. 5º, IV e portanto também deve nortear a interpretação deste. Aqui, alude-se novamente à noção de interpretação sistemática do direito: em havendo um óbice constitucional explícito à prática do racismo, não se pode fazer uso de outra disposição constitucional para esvaziá-lo. Não se interpretam a Constituição e o direito em tiras, mas sim como um corpo coeso.

Marco Aurélio (BRASIL, 2003) aduz ainda que, mesmo que se assumisse que as manifestações de Ellwanger evidenciam ideias preconceituosas, de qualquer forma não seria a repressão penal o mecanismo mais adequado para combatê-las, recorrendo ao teste de proporcionalidade para concluir que, no choque entre a liberdade de expressão do paciente e a dignidade do povo judeu, a condenação imposta pelo Sodalício gaúcho não fora o meio mais “adequado, necessário e proporcional”.

Esse argumento pode, no entanto, ser refutado ao apontar-se que não se trata propriamente de uma colisão entre princípios, mas sim de um conflito entre uma norma constitucional de cunho geral (a liberdade de expressão) e uma norma constitucional de cunho especial (a vedação ao racismo), devendo a última prevalecer sobre a primeira em função do critério da especialidade.

Inspirado pela noção do “livre mercado de ideias” de John Stuart Mill, o ministro pondera ainda que proibir a circulação de obras com conteúdo discriminatório – dentre as quais se incluem as de autores consagrados da literatura nacional como Nina Rodrigues, Gustavo Barroso e José Bonifácio de Andrada e Silva – em nada colabora com a erradicação dos preconceitos, o que só poderia ser alcançado, ao contrário, por meio do livre intercâmbio de opiniões, que funcionaria como antídoto para a ignorância.

Essa linha de pensamento, porém, reveste-se de um teor consideravelmente político, como anota Cavalcante Filho (2018, p. 171-174). E não se pode fundamentar um voto com base no que o julgador entende mais “conveniente” para o bem da sociedade. Em que pese Marco Aurélio possa estar correto em sua ponderação, nota-se que ela foge ao objeto da discussão: se Ellwanger tivesse praticado racismo, e se a lei penal enquadra essa conduta como passível de punição, não se poderia deixar de puni-la por conta de uma análise política do julgador sobre os benefícios e malefícios que essa punição traria à sociedade. Poder-se-iam discutir, somente, os benefícios e malefícios que a punição traria *ao ordenamento jurídico*, sob pena de substituir-se o código jurídico pelo código político.

3.2.6 Conclusões e legado

Conclui-se, por fim, que o STF errou ao manter a condenação de Ellwanger por incitação ao racismo. A Corte deveria tê-lo absolvido pela atipicidade de suas condutas à época em que praticadas ou, se não tanto, ao menos reputar prescritíveis tais condutas à luz da constatação de que a discriminação contra judeus, por mais reprovável que seja, não é equiparável a racismo e portanto não atrai a incidência da imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII da CF.

Mesmo que se ignorassem todos os óbices acima elencados, subsistiria um último fundamento contra a denegação do HC: a segurança jurídica. É que, no Direito Penal, onde é vedada a retroatividade maléfica da lei e jurisprudência em relação ao réu, “o cidadão deve saber, antes, aquilo pelo qual pode ser punido e o alcance da punição”, como ensina Lenio Streck (2015, p. 2). Sendo assim, como poderia Ellwanger, muitos anos antes da interpretação antinatural a ser dada pelo STF ao art. 5º, XLII da CF em 2003, estar ciente de que suas condutas poderiam ser enquadradas como racismo nos termos daquela mesma interpretação antinatural? Não poderia. Dessa forma, se a Suprema Corte decidiu pela validade desse entendimento, deveria ao menos ter determinado eficácia *ex nunc* para a produção de seus efeitos.

Cavalcante Filho (2018, p. 175-180) aponta que o veredito do STF no caso Ellwanger foi em grande medida caracterizado pela substituição do código jurídico pelo

código político. Deixaram-se de lado o originalismo e a dogmática penal e deturpou-se a essência da mutação constitucional para evitar a impunidade de um dito neonazista:

Advogado de Ellwanger durante o processo, Werner Becker acredita que o caso transbordou as questões meramente técnicas. “Subiu na tribuna um temor de que a imprensa internacional noticiasse: 'Supremo absolve nazista’”. Acho que é uma opção política, respeitável, afirma (COSTA, 2017, p. 2).

Os votos falaram muito ao público externo, como se a preocupação maior fosse com a mensagem que os ministros mandariam extramuros, e não com os argumentos jurídicos que solucionariam o caso concreto – a TV Justiça ainda era uma novidade e estrearia as transmissões ao vivo justamente com esse julgamento (RECONDO; WEBER, 2019, p. 223).

Buscou-se, assim, reforçar a ideia de proteção de uma minoria contra discursos discriminatórios. Mas o direito não pode nortear-se preponderantemente por esse fim quando para tanto for necessário sacrificar ou subverter a aplicação de seus próprios institutos, como lamentavelmente se fez no caso Ellwanger.

A decisão do STF, tomada em 2003, provoca reflexos até a contemporaneidade. Em novembro de 2019, a revista *IstoÉ* publicou a reportagem “O Goebbels do Planalto”, intitulada em referência ao secretário de Comunicação da Presidência da República, Fábio Wajngarten, de modo a compará-lo a Joseph Goebbels, o notório ministro da propaganda de Hitler no regime nazista. Wajngarten, que é judeu, foi acusado pela revista de desenvolver uma política autoritária e antirrepublicana de intimidação em relação à imprensa ao direcionar recursos públicos de forma a beneficiar meios de comunicação favoráveis ao governo Bolsonaro e retaliar os que lhe fossem contrários. Ainda durante a campanha presidencial de 2018, o futuro secretário teria negociado junto a empresários da comunidade judaica o financiamento de uma rede de robôs para apoiar a candidatura de Bolsonaro nas mídias sociais. Tudo isso com o objetivo de, por meio da massificação de informações, criar uma atmosfera política onde “uma mentira repetida mil vezes torna-se verdade”, reproduzindo-se assim o *modus operandi* da propaganda nazista comandada por Goebbels (OLIVEIRA, 2019, p. 1).

Em reação à divulgação da reportagem, o então advogado-geral da União André Luiz de Almeida Mendonça solicitou à Procuradoria-Geral da República que processasse o jornalista Germano Oliveira por crime de racismo, seguindo o

entendimento do STF segundo o qual a discriminação contra judeus se enquadra no escopo desse delito:

Na representação, o advogado-geral da União diz que vários trechos da reportagem são “ofensivos, preconceituosos e discriminatórios” em relação à comunidade judaica, como um que aponta a suposta ajuda que o secretário de Comunicação teria recebido de empresas de tecnologia de Israel para montar um esquema de robôs nas redes.

“Os israelitas são conhecidos por atuarem no submundo do setor de segurança e informação”, diz o texto — para a AGU, uma expressão de antissemitismo.

“A intenção livre e consciente do subscritor da reportagem não foi de meramente informar ou mesmo exercer o direito de crítica à pessoa ou aos atos administrativos do agente público. [...] Houve, indisfarçavelmente, o intento de associar a figura do agente público criticado com o fato de ser ‘judeu’”, diz trecho da representação (RAMALHO, 2019, p. 2-3).

O caso Ellwanger, como se nota, abriu a porta para um elastecimento desmesurado do termo “racismo”. Conquanto o conceito *semântico* da palavra permaneça o mesmo, denominando a prática de discriminação em razão de etnia, o seu conceito *jurídico* foi alargado de forma que possibilita a sua extensão a virtualmente qualquer grupo socialmente vulnerável.

Por fim, ao contrário do que se verificou no Capítulo anterior, a decisão judicial aqui analisada foi contrária à moral de *South Park*: enquanto o seriado trata os judeus da mesma forma como outros grupos por ele satirizados, não abrindo mão de fazer piadas antissemitas e reforçar estereótipos relacionados àquele grupo (SAMUELS, 2008, p. 100), o STF se esforçou no sentido oposto, chegando ao ponto de ignorar as intenções do constituinte originário com o intuito de proteger os adeptos dessa religião numa extensão superior ao que seria justificável à luz da legislação brasileira. *South Park* é uma obra que preza antes de tudo pela liberdade de expressão, na mesma linha do voto do ministro Marco Aurélio.

Ao comentar o resultado do julgamento, o ministro Nelson Jobim posteriormente reconheceria que o Tribunal decidira motivado pelo ímpeto politicamente correto de desestimular de modo geral a intolerância na sociedade: “Porque o problema não era o antissemitismo, era você estimular os antis. Aí, era antitudo. Se o antissemitismo era legítimo, era legítima a fobia, o diabo a quatro. Aí, tu não segura mais [...]”

(RECONDO; WEBER, 2019, p. 223). A imprudência dessa postura ficaria mais nítida uma década e meia depois, em um caso de maior abrangência e repercussão, no controle concentrado de constitucionalidade.

Num ciclo de quinze anos, o ecossistema político em que os magistrados estavam inversos mudaria – e a opinião de magistrados de que homofobia equivalia a racismo acabaria por desencadear pedidos de *impeachment* no Congresso contra ministros do STF, em 2019 (RECONDO; WEBER, 2019, p. 223).

É o que se verá, de forma, mais nítida, na próxima Seção.

3.3 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

No episódio *A grande viagem gay de barco*, Stan descobre que seu novo cachorro Sparky é homossexual. O garoto pergunta ao Sr. Garrison o que é um homossexual, e ouve do professor que gays são pessoas más. Stan então busca tornar seu cachorro heterossexual. Mais tarde, Sparky ouve um frustrado Stan lamentando sobre como ele queria um cachorro matador em vez de um cachorro gay. Isso leva Sparky a fugir para as montanhas, acabando por chegar ao Grande Santuário de Animais Gays do Big Gay Al.

Preocupado com seu cachorro, Stan sai em sua busca. Quando Stan encontra Sparky no Grande Santuário de Animais Gays, Big Gay Al leva o garoto em uma viagem de barco através do santuário e faz um discurso sobre como a homossexualidade tem existido há muito tempo, o que eventualmente faz com que Stan aceite a orientação sexual de seu cachorro. Após um grande jogo de futebol americano do qual foi a estrela principal, Stan conta ao povo de South Park sobre o Grande Santuário e que “ser gay é ok” (“*It’s okay to be gay*”). Ele leva as pessoas ao local do Santuário, mas este tinha desaparecido misteriosamente; os animais gays fugidos das pessoas, contudo, retornam. Antes de ir embora, Big Gay Al agradece a Stan por fazer com que todos entendessem a homossexualidade.

A homofobia é uma problemática cada vez mais debatida atualmente, e sua persistência na sociedade brasileira acabou por levar o STF a tomar uma decisão

drástica em junho de 2019. Ao julgar conjuntamente o Mandado de Injunção (MI) 4.733 (BRASIL, 2019a) e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 (BRASIL, 2019b), os ministros expandiram novamente a abrangência do termo “racismo” contido na Lei Caó, dessa vez para nele incluir os atos de homofobia e transfobia. A tese do julgamento foi firmada nos seguintes termos:

1. 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*”);

2. 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**;

3. 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 (BRASIL, 2019b).

Por 10 votos a 1, a Suprema Corte reconheceu a mora do Congresso em legislar sobre a homofobia e transfobia. Em seguida, por 8 votos a 3, o colegiado entendeu que

as referidas espécies de discriminação enquadram-se no art. 20 da Lei Caó, que criminaliza o racismo. Para o Cidadania (antigo Partido Popular Socialista - PPS) e a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT, autores das ações, a minoria LGBT deveria ser entendida como grupo análogo ao de "raça social", e seus agressores, punidos na forma da lei como se racistas fossem (COELHO, 2019, p. 2).

Também neste caso é de se destacar a ocorrência de um intenso *backlashing* social contra o resultado do julgamento: uma pesquisa de opinião constatou que a decisão do Tribunal foi reprovada por 55% dos entrevistados, um percentual que subia para 73% entre os brasileiros com 50 anos ou mais. No Congresso, parlamentares da ala conservadora protocolaram doze pedidos de *impeachment* contra quatro dos ministros que haviam votado pela procedência das ações (RECONDO; WEBER, 2019, p. 223).

Agora, pretende-se aqui mais uma vez analisar se o STF acertou em seu veredito. Para tanto, faz-se necessário discorrer sobre o conceito de omissão inconstitucional e o histórico da evolução jurisprudencial da Suprema Corte no tocante à matéria.

3.3.1 Omissões inconstitucionais e sua evolução na jurisprudência do STF

Alexandre de Moraes (2015, p. 806-807) ensina que a inconstitucionalidade por omissão consiste em uma conduta negativa: a Constituição determinou ao poder público uma conduta legislativa positiva e este ficou inerte em seu dever de legislar, acarretando a inaplicabilidade de algumas normas constitucionais e dando origem à situação definida pela doutrina como *síndrome de inefetividade*.

Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais [...]. A Constituição, por exemplo, prevê o direito de participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão das empresas, *conforme definido em lei*, mas, se esse direito não se realizar, por omissão do legislador em produzir a lei aí referida e necessária à plena aplicação da norma, tal omissão se caracterizará como inconstitucional. [...]. Outro exemplo: a Constituição reconhece que a saúde e educação são direitos de todos e dever do Estado (arts. 196 e 205), mas, se não se produzirem os atos legislativos e administrativos indispensáveis para que se efetivem tais direitos em favor dos interessados, aí também teremos uma *omissão inconstitucional* do Poder Público [...] (SILVA, 2014, p. 49-50).

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni (2019, p. 1299), inicialmente entendia o STF que, ao deparar-se com uma omissão inconstitucional, o Judiciário poderia somente declarar o Estado em mora e dar ciência ao Poder Legislativo para que editasse a norma faltante – um apelo que, todavia, não era coercitivo. A comunicação ao legislador, assim, assemelhava-se a uma mera recomendação, não se podendo coagi-lo a elaborar a norma em respeito ao princípio da separação de poderes (art. 2º da CF). Foi essa a posição adotada no julgamento do MI 107 (BRASIL, 1990a), de relatoria do ministro Moreira Alves, que anos depois viria a admitir, numa conferência na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que seu objetivo teria sido de fato “matar” o mandado de injunção (VIEIRA, 2018, p. 180).

Esse entendimento foi parcialmente revisto quando do julgamento do MI 283 (BRASIL, 1991). Naquela ocasião o STF já não se limitou a declarar em mora o Legislativo e cientificá-lo para que editasse a norma, mas antes foi além e assinalou um prazo de 45 dias para a aprovação pelo Congresso Nacional + 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se concluísse o processo legislativo da lei vindicada. O descumprimento desse prazo, por sua vez, sujeitaria a União à responsabilização civil por quaisquer danos aos impetrantes que dele decorressem (MARINONI, 2019, p. 1300-1301).

Houve aqui uma evolução, no sentido de que, conquanto ainda se recusasse o STF a substituir-se ao legislador positivo, já não se mantinha totalmente passivo o Tribunal perante a inércia do Legislativo e assegurava as devidas reparações financeiras aos que por ela estivessem sendo prejudicados. Nessa esteira, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2011, p. 57-58) discorre sobre as razões que levaram a essa mudança de posição da Suprema Corte, ao romper com sua tradição de restringir-se a interpelar o parlamento:

Sem dúvida, a postura institucionalmente mais dialógica e, portanto, menos autoritária do Supremo, se autocompreendendo como uma das peças importantes na construção da ordem jurídica e não como único personagem institucional relevante ou titular da palavra final e derradeira sobre os significados constitucionais, responde às exigências de equilíbrio entre constituição e democracia, entre direto e política. Porém, existe um limite para tanto. É preciso que as demais instituições se engajem no diálogo. O Supremo Tribunal Federal não pode ser deixado falando sozinho, condenado a um *monólogo institucional* infrutífero. [...]. Daí que não se justificará uma

atitude mais passiva do Supremo diante de um legislativo que insiste em se fazer de instituição mouca aos apelos da Corte. O caso do direito de greve dos servidores públicos civis, como mais adiante se demonstrará, foi um exemplo em que o diálogo não funcionou, só o ativismo judicial.

Esse último caso a que se refere o autor foi o estopim para mais um avanço do STF no preenchimento de omissões inconstitucionais. Isso porque a Constituição de 1988 preconiza em seu art. 37, VII que o direito de greve dos trabalhadores seja exercido nos termos e limites definidos em lei específica; no entanto, em 2007, passados quase vinte anos desde a promulgação da CF, o Congresso Nacional ainda não tinha elaborado a lei que regulamentaria o direito de greve dos servidores públicos civis. O STF, então, supriu a omissão no MI 670 (BRASIL, 2007a) determinando a aplicação analógica da Lei 7.783/1989, que regula o exercício do direito de greve no setor privado (MARINONI, 2019, p. 1305).

Solução similar vem sendo adotada diante do caso da aposentadoria especial dos servidores públicos, prevista no art. 40, § 4º da CF e igualmente não regulamentada até hoje. Ante a ausência de regulamentação, o STF vem conferindo ao autor de mandado de injunção o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço nos termos do art. 57, § 1º da Lei 8.213/1991, aplicável aos trabalhadores em geral (MARINONI, 2019).

Ainda no tocante a essa questão, Marinoni (2019, p. 1305-1307) prossegue relatando que o STF foi ainda mais adiante no MI 712 (BRASIL, 2007b), no qual reconheceu a si mesmo o poder de elaborar a norma jurídica faltante. Isso porque, tendo a Lei 7.783/1989 sido concebida para uma realidade que não se confunde com a do setor público, não se poderia aplicar ao exercício do direito de greve dos burocratas somente o disposto naquela lei; a regulamentação da greve dos servidores públicos haveria de ser peculiar, cabendo ao Judiciário definir os seus parâmetros exatos.

Isto posto, tem-se que atualmente a retrospectiva dos precedentes do STF em matéria de inconstitucionalidade por omissão aponta nas seguintes direções: I - o Tribunal se enxerga legitimado a tomar providências concretas diante de omissões inconstitucionais, providências essas que já não se limitam a declarar a mora estatal e dar ciência aos órgãos responsáveis; II - a providência a ser tomada varia caso a caso, podendo ir desde a mera fixação de indenizações a serem pagas na esfera civil pelo ente público em decorrência da omissão até a criação da norma vindicada pelo próprio Poder

Judiciário como se Legislativo fosse, passando no caminho pela aplicação analógica de leis concebidas para situações similares.

Na questão atinente à homofobia, resta então determinar: I - se houve ou não mora por parte do Estado em legislar sobre o tema; II - se, em caso positivo, a legislação a ser criada haveria de ter cunho penal; III - se, em qualquer caso, teria sido a criminalização por equiparação com o racismo a forma mais adequada e razoável de se suprir a omissão, à luz do ordenamento jurídico pátrio.

3.3.2 A mora legislativa

A decisão do STF reconheceu a mora do Congresso Nacional com base no art. 5º, XLI da CF, o qual preconiza: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Sendo assim, o primeiro passo é constatar se a homofobia constitui uma discriminação afrontosa aos direitos e liberdades fundamentais.

Seguindo a abordagem originalista, é seguro afirmar que o constituinte originário de 1988 não tinha nenhuma preocupação específica com o tema. Muito pelo contrário, aliás: no julgamento da ADPF 132 (BRASIL, 2011b), que discutiu a constitucionalidade das uniões homoafetivas no Brasil, o voto do ministro Ricardo Lewandowski expôs registros que evidenciam a intenção dos deputados constituintes de que apenas casais heterossexuais fossem reconhecidos como famílias aos olhos da lei. Foi, assim, necessária uma mutação constitucional por parte do STF naquela ocasião para que tal dispositivo fosse interpretado analogicamente de modo a abranger também as uniões homoafetivas (SARLET, 2019, p. 172-173).

[...] tanto o Código Civil como a Constituição expressamente citam que a união civil deve se dar entre homens e mulheres. Para a maioria do Supremo, no entanto, essa leitura da Constituição acarretaria uma grave violação dos princípios da dignidade humana e da igualdade, pois impediria que casais formados por pessoas do mesmo sexo fruissem dos mesmos direitos e prerrogativas que os formados por pessoas de sexos distintos. De fato, nesse caso, através de uma decisão judicial, os ministros retificaram o sentido de um dispositivo da Constituição sem alteração de seu texto, de forma a colocá-lo em linha com os princípios da dignidade humana e da igualdade (VIEIRA, 2018, p. 195).

Assim, a despeito da visão negativa do constituinte originário acerca da homossexualidade, a mesma evolução da sociedade que fundamentou a referida mutação constitucional é capaz de inserir a homofobia entre as condutas enquadradas pelo art. 5º, XLI da CF – inclusive sob o enfoque originalista. Isso porque no mesmo art. 5º, logo mais adiante, o § 2º do inciso LXXVIII estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos *princípios* por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O constituinte originário, assim, criou uma cláusula aberta que permite a incorporação de direitos que por ele não haviam sido previstos quando da elaboração da Carta Magna, dentre os quais se inclui o direito à não-discriminação em virtude de orientação sexual ou de gênero, que por sua vez é decorrente do princípio da dignidade humana, como é possível inferir-se a partir das considerações de Luís Roberto Barroso (2010, p. 34).

Dessa forma, incluindo-se esse direito fundamental no rol exemplificativo do art. 5º da CF em decorrência das transformações experimentadas pela sociedade brasileira desde 1988, com a crescente conscientização da população, dos meios de comunicação e do sistema judiciário acerca da problemática da homofobia (GRINBERG, 2018), tudo isso enquanto a discussão sobre o tema se arrastava por cerca de dezoito anos no Congresso Nacional (MIRANDA, 2019), conclui-se que houve uma omissão por parte do parlamento em tratar a questão com a seriedade e urgência necessárias até que a questão chegasse ao STF.

3.3.2.1 Um ilícito necessariamente penal?

É possível discutir se seria constitucionalmente exigível, aos olhos do art. 5º, XLI, que a norma a ser elaborada para combater as discriminações tivesse natureza indispensavelmente penal. O originalismo não fornece uma resposta conclusiva a essa pergunta. Registros da Câmara dos Deputados (2013, p. 207, 1797, 1805, e 1813) dão conta de que não houve preocupação do constituinte originário em explicitar essa questão na redação final do dispositivo, abrindo margem para entender-se, a partir da

sua leitura isolada, que aquela exigência (a da criação de uma norma obrigatoriamente penal) não existiria.

No entanto, conforme se extrai dos comentários de Uadi Lammêgo Bulos (2017, p. 334-335), a leitura do art. 5º, XLI deve ser feita considerando-se a sua localização no Texto Constitucional: desde o inciso XXXIX até o inciso LXVII do art. 5º, todas as matérias por eles abordadas possuem conteúdo criminal. Dessa forma, muito estranho seria que, em meio a todos esses dispositivos, apenas o inciso XLI devesse ter uma interpretação que não necessariamente envolvesse o direito penal.

Sob o rótulo *garantias constitucionais criminais* iremos estudar o conteúdo dos dispositivos da Carta de 1988 que regulam, especificamente, a pena, as prerrogativas dos presos, a tipificação de crimes, os requisitos para se efetuarem prisões, os princípios, enfim, que devem nortear a atividade persecutória do Estado (BULOS, 2017, p. 334).

A Constituição traz agora dois dispositivos que fundamentam e, mais do que isso, exigem **normas penais rigorosas contra discriminações**. Diz-se num deles que *a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*, e o outro, mais específico porque destaca a forma mais comum e não menos odiosa de discriminação, para estabelecer que *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível*, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, respectivamente, incisos XLI e XLII) (SILVA, 2014, p. 230, grifo nosso).

Acolhe-se, aqui, o brocardo latino *lex dixit minus quam voluit*: “A lei disse menos do que gostaria”. O Congresso Nacional estava, portanto, obrigado a criminalizar a homofobia, e não o fez. E, como não o fez, não poderia o STF manter-se inerte ao ser provocado a respeito. Passa-se, agora, a investigar qual teria sido a melhor decisão no caso em tela.

3.3.2.2 A solução mais ponderada

Ao criar o MI e a ADO, a Constituição não estabeleceu um marco-limite para o avanço do Judiciário sobre a separação de poderes em sua missão de preencher as omissões legislativas. Diante dessa falta de parâmetros objetivos na Carta Magna, um paradigma para se aferir a correção da decisão do STF que criminalizou a homofobia é

o seu cotejo frente aos já mencionados precedentes anteriores do próprio Tribunal referentes à matéria de inconstitucionalidade por omissão.

A esse respeito, verifica-se que a criminalização da homofobia por equiparação com o racismo não encontra suporte em nada do que se havia construído sobre o tema até então. Diferente do que ocorreu na ADO 26, em nenhuma das ocasiões anteriores se havia incorrido na vedação expressa do art. 5º, XXXIX da CF (“Não há crime sem lei que o defina”).

A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal através da decisão supramencionada constituiria ativismo judicial decorrente da inércia do Poder Legislativo, que tem sido recorrente em temas que dizem respeito às minorias, e demanda alguns questionamentos quanto aos limites na formação dos precedentes penais pela Suprema Corte (ARAÚJO; FIGUEIREDO, 2020, p. 54).

A proibição de proteção insuficiente, que opera como um segundo nível de controle das omissões e ações (insuficientes) do poder público, poderá servir de importante critério para o controle dos atos do poder público e mesmo ensejar uma correção de rumos, mas não se presta como fundamento cogente e eficaz, por si só, para justificar a criminalização de uma conduta, ainda mais, como no caso em tela, mediante provimento jurisdicional (CLÈVE *et al.*, 2014, p. 4).

A ausência de uma lei que defina o tipo penal da homofobia, portanto, acarreta a impossibilidade de que tal comportamento seja criminalizado. Esta é uma prerrogativa do Poder Legislativo que, diferentemente de algumas outras, não pode ser assumida pelo Judiciário, mesmo em caráter excepcional e mesmo que se esteja diante de uma omissão inconstitucional.

Em que pese a nobreza do intento de proteger direito de grupo minoritário e de buscar tutelar pelos seus direitos e garantias individuais, opondo-se ao crescente discurso de ódio que se avoluma no país, não se pode admitir que tal defesa seja feita a partir da subversão da divisão de poderes da União e muito menos ao arrepio da base principiológica do direito penal brasileiro: a cominação de condutas típico-criminais por meio exclusivo da lei (SANTIAGO, 2020, p. 219).

Por essa mesma razão é que, aliás, também não seria aplicável à espécie o precedente do MI 712 (BRASIL, 2007b). Para além da já ressaltada diferença quanto a se estar ou não criminalizando ou não uma conduta, naquela ocasião o STF se

predispusera a traçar parâmetros normativos de forma periférica, como se estivesse apenas a aparar arestas depois que o principal vácuo normativo já se encontrava preenchido por meio do emprego por analogia da legislação sobre a greve no setor privado; situação, pois, distinta da do caso em testilha.

De igual forma não poderia a Suprema Corte voltar-se à jurisprudência adotada no MI 107 (BRASIL, 1990a), uma vez que, conforme Flávia Piovesan (1995), já não se sustenta o arcaico entendimento de que o Judiciário estaria a ofender injustificadamente a separação de poderes caso tomasse alguma providência concreta para suprir uma omissão legislativa no caso concreto. Na condição de guardião da Constituição, o STF age em nome da preservação da vontade do poder constituinte originário ao agir para que as normas de eficácia limitada tenham efetividade. Em última instância, pois, não são os desígnios do Poder Judiciário que estão a se cumprir nessas ocasiões, mas antes os do próprio poder constituinte de 1988, por tantas vezes atravancados pela inércia do Legislativo atual:

Não se trata de transformar os Ministros do Supremo em legisladores. É uma questão de *bom senso*, para evitar que um direito inalienável, imprescindível, que esteja dependendo de lei, a qual não se sabe quando virá, não pereça pelo descaso ou desinteresse daqueles que têm o encargo sacrossanto de legislar, mas, por motivos diversos, não o fazem! (BULOS, 2017, p. 275).

O que não se pode é, como já exposto acima, viabilizar a efetividade de uma norma constitucional (no caso, o princípio da não-discriminação) por meio da total supressão de outra norma constitucional (o princípio da legalidade em matéria penal).

Dessa forma, criou-se um crime por meio da *interpretação judicial*: homofobia e transfobia. Com base na parte principiológica de dois dispositivos de direito fundamental, o STF afastou o princípio mais caro ao Direito Penal (que na verdade é uma regra), de modo que a segurança jurídica sobre qualquer questão de direito penal ou processual penal no Brasil é inexistente (TAVARES NETO, 2020, p. 118).

Tendo em vista esse óbice, melhor teria agido o STF se aplicasse o precedente do MI 283 (BRASIL, 1991), assinalando ao Congresso Nacional um prazo determinado para a elaboração de uma lei anti-homofobia. Descumprido esse prazo, surgiria para quaisquer homossexuais vítimas de discriminação por conta de sua orientação sexual o

direito de processar o ente público federal pelos danos sofridos em razão da síndrome de inefetividade da qual padecia o art. 5º, XLI da CF. Teria sido esta a alternativa mais otimizante, ao conciliar os princípios da legalidade penal e da separação de poderes com a necessidade de se garantir algum grau de satisfação aos jurisdicionados lesados pela ausência da norma.

Ressalte-se ainda que a imposição de condenações à União na esfera civil, por si só, teria um potencial de pressionar o parlamento a aprovar mais rapidamente a legislação pleiteada. Como medida auxiliar de efetivação, o STF poderia também declarar a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública para ingressar com ações nesse sentido.

A título de exemplo, confira-se recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2020) que condenou humoristas do canal Mundo Canibal a pagar indenizações por danos morais coletivos decorrentes da divulgação de vídeos homofóbicos por meio eletrônico, em ação movida pela Defensoria Pública do Estado:

Um dos vídeos, intitulado “Piripaque”, se inicia com os seguintes dizeres: “Olhe, cara, sabe aquelas situações em que você SABE o que quer fazer, mas não tem CORAGEM de fazer?” São então mostradas as seguintes situações: personagem dá um soco na barriga de sua namorada gestante, provocando um aborto; filho que “vomita” fogo e mata sua mãe queimada após ela confessar o seu ofício de prostituta; pai que, de arma em punho, atira no estômago do filho e em sua cabeça, disparando, ainda, aos risos, diversos outros tiros em seu corpo, fazendo-o sangrar copiosamente, após descobrir-lhe homossexual.

[...]

Em outra animação, de nome “Sr. Donizildo em Whatahhel Prostituto”, quando um personagem percebe que a profissional do sexo por ele contratada é, na verdade, uma travesti, ele passa a torturá-la, removendo com uma tesoura seu órgão sexual masculino e alongando, com alicates, seus mamilos, para que se transformem em seios.

Em seu voto, a desembargadora-relatora Clara Maria Araújo Xavier diz que “em uma sociedade desigual, na qual existe a disparidade entre grupos sociais, é comum que o grupo supostamente dominante naturalize a situação marginalizada da minoria e ache ‘graça’ em situações nas quais há uma clara violação de normas, sejam elas sociais, linguísticas, morais ou de dignidade pessoal. Tais violações, aliás, muitas das vezes são tidas como benignas e inofensivas, seja pela distância psicológica do espectador/criador com a norma violada, seja pelo pouco ou nenhum comprometimento desse mesmo espectador/criador com referida norma”.

[...]

Por isso, em sua visão, a indenização por danos morais é devida. Já o pedido de retirada do ar dos conteúdos não pode prosperar, porque não há o explícito cometimento de **crime**, e a liberdade de expressão deve prevalecer (FREITAS, 2020, p. 3-4, grifo nosso).

Perceba-se, pois, que, inobstante tenha o Sodalício paulista reconhecido a homofobia existente no conteúdo veiculado pelos réus e imposto a condenação na esfera cível com base nesse fundamento, fê-lo com a ressalva de que (ainda) não se verifica na espécie um ilícito penal. Melhor teria feito o STF se tivesse se guiado pelo mesmo entendimento. Mas a Corte Suprema preferiu insistir no erro do caso *Ellwanger*, dando novamente as costas ao direito “para não estimular os antis”, como diria o agora ex-ministro Nelson Jobim.

A decisão aqui analisada, altamente protetiva em relação aos homossexuais, está em consonância com a moral de *South Park*, que, ao final dos episódios *Cartman é um idiota* e *A grande viagem gay de barco*, apresenta uma mensagem de tolerância para com a homossexualidade.

De fato, *South Park* enfatiza fortemente a tolerância de identidade em episódios como “A grande viagem gay de barco”, “A mulher com um feto conjugado”, “Chef vai contra a bandeira”, “Crianças ruivas” e “Cartman é um idiota”. Na verdade, por conta de suas retratações positivas da homossexualidade, o show foi indicado a um prêmio pela Gay and Lesbian Alliance Against Defamation (Lim) (BECKER *in* WEINSTOCK, 2008, p. 168) (*tradução do autor*).

É preciso ressaltar, contudo, que, apesar dessa moral de tolerância em relação aos homossexuais, o seriado não abre mão de satirizá-los em uma ou outra passagem; dessa forma, não se pode nunca dizer que *South Park* seria a favor da proibição de um discurso tão somente por ser ele entendido como homofóbico, prezando antes de tudo, repise-se novamente, pela liberdade de expressão.

4 O STF E A VAQUEJADA

Outro tema recorrente em *South Park* e concernente à mentalidade politicamente correta diz respeito aos direitos dos animais. Essa problemática é retratada em ao menos três episódios da série: *Diversão com vitelo*, *Ducha e Merda*, e *Defensores de baleias*.

A Seção 4.1 relatará o enredo dos referidos episódios. Em seguida, a Seção 4.2 abordará o julgamento do STF sobre a constitucionalidade da vaquejada, uma prática esportiva e manifestação cultural do Nordeste brasileiro que suscita controvérsias devido às acusações de ocorrência de maus-tratos para com os animais envolvidos. A Seção 4.3 descreverá a reação do Congresso Nacional ao resultado do referido julgamento, com a aprovação de uma emenda constitucional que protege a realização dos rodeios e vaquejadas no Brasil.

4.1 *SOUTH PARK* E OS ANIMAIS

Em *Diversão com vitelo*, a turma da quarta série da South Park Elementary vai em excursão a uma fazenda, onde os alunos descobrem que a carne de vitelo é feita de bezerros. Os garotos, à exceção de Cartman, ficam horrorizados e decidem salvar os bezerros do abate. Cartman é convencido a se juntar à empreitada e os garotos então resgatam os bezerros e abrigam-nos no quarto de Stan.

Ao serem descobertos pelos pais na manhã seguinte, os garotos bloqueiam a porta do quarto e se recusam a sair até que haja garantias de que os bezerros ficarão em segurança. A situação rapidamente evolui para a um embate entre os garotos, que são declarados “terroristas”, e a polícia.

Os garotos passam a se alimentar de comida contrabandeada pela sra. Cartman, a qual contém carne. Ao passo que a maioria do grupo come avidamente, Stan se recusa a comer e relembra os colegas de que todos estão fazendo aquilo para salvar os animais, e que portanto seria errado continuar a comer carne. Kyle então retruca: “Foda-se, não vou deixar de comer carne”; Cartman, por sua vez, diz que “se você não comer carne, você vira viado”. Aqui, o seriado satiriza a postura de uma parcela da sociedade que discursa em prol dos direitos dos animais ao mesmo tempo em que não abre mão de uma alimentação carnívora.

Um negociador do FBI entra em cena, mas prova não ser páreo para a capacidade de manipulação de Cartman, que consegue obter da polícia armas, munição e até um míssil balístico intercontinental em troca da mera promessa de entregar apenas um bezerro. Cartman também consegue que a Food and Drug Administration (FDA) – a agência norte-americana de vigilância sanitária – altere o termo “vitelo” para “bezerros torturados” e negocia um caminhão de gado para que os garotos possam fugir para o aeroporto e voar para o México, tudo isso sem entregar um único bezerro. O negociador, após ceder facilmente às ridículas exigências, é demitido.

O FBI, então, embosca com sucesso os garotos no curso de sua fuga. Os bezerros são recuperados, mas tornam-se inúteis para o abate, uma vez que agora não havia mais demanda pela carne de vitelo “bezerros torturados”. A estratégia de

marketing dos garotos, assim, mostra-se vitoriosa nesse ponto e os mesmos acabam de castigo ao final do episódio, mas não antes de saírem com seus pais para comer hambúrgueres. O seriado, aqui, reforça a crítica dirigida a uma hipocrisia existente em nossa sociedade, cujo consumo de carne se sustenta sobre uma cegueira deliberada em relação aos maus-tratos a que são submetidos os animais no processo de criação e abate.

Já em *Ducha e Merda*, em evento esportivo da escola South Park Elementary é invadida por um grupo local de ecoterroristas da PETA – People for the Ethical Treatment of Animals (Pessoas pelo Tratamento Ético dos Animais), uma ONG que protesta contra o uso de uma vaca como mascote esportiva do colégio. A escola, então, decide eleger uma nova mascote. Entre as opções disponíveis está um “Pele-Vermelha”. Wendy, então, questiona se usar um índio como mascote não seria tão ofensivo como usar uma vaca, ao que o sr. Garrison responde que não havia problema, pois “a PETA se importa apenas com animais e não com pessoas”. Aqui, nota-se uma crítica ao supostamente excessivo radicalismo dos movimentos de proteção aos animais, os quais colocariam estes últimos num patamar moral equivocadamente igual ou superior ao dos seres humanos.

Descontentes com os candidatos à sua disposição, os alunos combinam de votar num candidato jocoso como forma de protesto; mas, nesse sentido, divergem quanto às candidaturas lúdicas dos concorrentes “Babaca Inútil” e “Sanduíche de Merda”. Como resultado, esses dois candidatos acabam sendo os mais votados e os alunos precisam escolher entre os dois numa espécie de “segundo turno”.

Stan não vê sentido em votar em nenhum dos dois candidatos, e portanto declara que irá se abster da votação, para o desapontamento de todos: seus amigos, seus colegas, sua família e a cidade como um todo. A direção da escola então decide que Stan deve ser banido de South Park por toda a eternidade, ou até que perceba a importância do ato de votar. Execrado e desprezado pela comunidade, Stan é vendado e amarrado a um cavalo que parte sem rumo.

O cavalo de Stan acaba por correr em direção a um acampamento secreto da PETA, onde o garoto descobre que os membros da ONG vivem e copulam com animais. Quando Stan chega ao local, os membros da PETA o derrubam violentamente de cima do cavalo, cujo bem-estar, afinal, era a única preocupação da ONG.

Posteriormente, o *rapper* P. Diddy, enviado por Kyle, aparece no acampamento com sua gangue armada para matar Stan, mas é distraído por um membro da PETA que, indignado com seu casaco de lã (isto é, proveniente de origem animal), joga um balde de tinta vermelha no mesmo. P. Diddy e seus homens retaliam assassinando todos os membros da PETA. Os animais fogem sem se importar com o destino de seus protetores – alguns chegam a urinar nos cadáveres dos humanos da PETA e a se alimentar de seus cérebros em decomposição – e Stan consegue escapar apenas com ferimentos leves.

De volta a South Park, Stan é finalmente convencido a votar e escolhe o Sanduíche de Merda. A despeito disso, o Babaca Inútil vence a eleição por 1.410 votos a 36. Stan então alega que seu voto não teve importância, mas seus pais lhe dizem que todo voto é importante, ainda que seja para o lado perdedor. Subitamente, o sr. Garrison aparece com a notícia de os membros da PETA haviam sido encontrados mortos; em decorrência disso, a vaca é reinstituída como mascote da South Park Elementary. Randy, o pai de Stan, diz então a seu filho que *agora sim* seu voto não havia tido importância, deixando-o desanimado ao final do episódio.

Por último, em *Defensores de baleias*, Stan se junta à Sea Shepherd Conservation Society, uma ONG voltada à preservação da vida marinha, em sua luta contra a indústria japonesa de caça de golfinhos e baleias. No primeiro encontro com os baleeiros japoneses, Stan se decepciona com a ridícula tática do capitão Paul Watson de tentar detê-los atirando “manteiga fedorenta” em seus navios. Após os japoneses matarem Watson com um arpão, Stan destrói o navio inimigo incendiando seus tanques de combustível com um tiro de sinalizador. Stan se torna o novo capitão do *Sea Shepherd* e lidera uma bem-sucedida campanha contra a caça de baleias japonesa, empregando métodos mais agressivos e atraindo a atenção da mídia.

Cartman e Kenny se juntam à tripulação de Stan sob o falso pretexto de desejar salvar as baleias, estando na verdade mais interessados em aparecer na televisão. Logo em seguida, no entanto, o *Sea Shepherd* é atacado por pilotos *kamikazes* japoneses (numa alusão ao bombardeio de Pearl Harbor na Segunda Guerra Mundial). Os ataques suicidas matam toda a tripulação do navio exceto por Stan, Cartman e Kenny.

O trio é capturado e levado para o Japão, onde o imperador Akihito lhes conta que a razão principal para a caça de golfinhos e baleias pelo país asiático é a busca de

vingança pelo bombardeio nuclear de Hiroshima e Nagasaki. O imperador mostra aos garotos uma fotografia adulterada – entregue ao Japão pelos EUA após o bombardeio – do avião *Enola Gay* pilotado por um golfinho e uma baleia. De acordo com ele, o Japão teria ficado tão agradecido pelas fotos que declarou paz aos americanos após as bombas. Sabendo que a foto é forjada, Stan decide revelar a verdade sobre o bombardeio, mas Cartman o recorda de que os japoneses buscariam eternamente a extinção da espécie responsável pelo ocorrido (no caso, os americanos).

Dessa forma, alegando que o governo americano lhes teria autorizado a mostrar a foto “original”, Stan apresenta ao imperador, ao primeiro-ministro japonês e seu gabinete uma nova foto adulterada retratando uma vaca e um frango no *Enola Gay*. Os japoneses, agora crentes de que as vacas e frangos seriam os verdadeiros responsáveis pelo ataque, se enfurecem e passam a massacrar esses outros animais em vez de golfinhos e baleias. O episódio termina com Randy parabenizando Stan por tornar os japoneses “normais, como nós”, numa crítica do seriado à seletividade do tratamento humano para com os animais conforme a cultura de cada país: os ocidentais têm horror à pesca de golfinhos e baleias para consumo alimentar, mas não veem problema em criar e abater frangos, vacas e porcos com a mesma finalidade. Na Índia, por outro lado, as vacas são sacralizadas, e na China, por sua vez, cães e gatos fazem parte da dieta nacional.

4.2 ADIN 4.983

A controvérsia sobre os limites da exploração animal para satisfação de desejos e necessidades do ser humano já ganhou contornos jurídicos em algumas ocasiões no Brasil. Em 2005, o STF declarou inconstitucional a “rinha de galo”, prática com ares de competição esportiva na qual se aposta sobre qual de dois galos treinados sairá vencedor de uma luta até à morte após serem colocados num cercado específico para este fim, por entendê-la contrária ao art. 225, § 1º, VII da Constituição, o qual veda expressamente as condutas que submetam os animais à crueldade (VIEGAS, 2016, p. 2):

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

De forma análoga ao retratado em *South Park*, todavia, o tratamento jurídico dado à conduta não é unânime no plano internacional: na Tailândia, a rinha de galo é legalizada e movimentada valores milionários (CABALLERO, 2019); na França, a prática permanece permitida apenas na região de Nord-Pas-de-Calais, onde sua tradição remonta a mais de cem anos (R7, 2013).

Mas o aspecto cultural já havia adentrado os tribunais brasileiros antes disso. Ainda em 1997, a 2ª Turma do STF já havia julgado igualmente inconstitucional a “farra do boi”, uma tradição vinda com os imigrantes açorianos que colonizaram o litoral catarinense. A prática consiste em soltar o animal – visto como símbolo de Judas, o traidor de Cristo – em um local isolado e fazê-lo perseguir os farristas, que o agridem com objetos até que o mesmo esteja exausto e machucado a ponto de não mais se levantar:

Há casos de bois que morreram de susto. Mas poucos têm essa sorte. Esses animais são perseguidos por horas, até a exaustão, são espancados com paus, espetos, têm olhos furados, rabos e orelhas arrancados, alguns quebram os ossos no desespero da fuga. Outros vão em direção ao mar e se afogam. A diversão sangrenta persiste há quase 300 anos no Sul do Brasil (TORRES, 2018, p. 3).

O voto dissidente ficou por conta do ministro Maurício Corrêa, que se posicionou contra a proibição da farra por considerá-la acobertada pelo art. 215, § 1º da CF, que protege as manifestações culturais do povo brasileiro:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Corrêa ressaltou que as possíveis distorções da farra, isto é, os atos de crueldade, é que deveriam ser coibidos, e não a prática em si: “Isso é uma questão de polícia e não de recurso extraordinário. Está dito na Lei das Contravenções Penais, em seu art. 64, que tratar animais com crueldade ou submetê-los a trabalho excessivo, constitui contravenção penal passível de prisão simples” (BRASIL, 1997). Seus colegas da 2ª Turma, no entanto, consideraram a prática “intrinsecamente cruel” (TORRES, 2018, p. 1) e, portanto, irremediavelmente incompatível com o art. 225, § 1º, VII da CF.

Mais recentemente, a Suprema Corte voltou a se debruçar sobre a matéria em 2016 ao julgar também inconstitucional a vaquejada, uma antiga tradição nordestina na qual vaqueiros montados a cavalo devem encurrular e derrubar um boi puxando-o pelo rabo. Este trabalho pretende, agora, verificar o acerto ou não dessa decisão, bem como as possíveis influências do pensamento politicamente correto no veredito alcançado pelos ministros. Para tanto, é necessário primeiramente entender as dimensões cultural e econômica da vaquejada para então ponderar suas repercussões jurídicas.

A história conta que no Nordeste brasileiro, desde a colonização, o gado sempre foi criado solto, sendo que a coragem e a habilidade dos vaqueiros eram indispensáveis para que se mantivesse o gado em seu rebanho. O vaqueiro se forja como herói que tangendo os bois, abria estradas e desbravava regiões (SIQUEIRA FILHO; LEITE; LIMA, 2015, p. 63).

Quando os vaqueiros faziam a separação das boiadas, alguns animais eram mais difíceis de serem conduzidos. Por isso, era necessário puxá-los pelo rabo e derrubá-los. Os vaqueiros que se destacavam na prática passaram a ganhar fama e derrubar o boi pelo rabo virou esporte.

O objetivo da vaquejada, praticada sempre por duplas de vaqueiros, é encurrular o boi com os cavalos e derrubá-lo puxando seu rabo. É necessário deixá-lo com as quatro patas para cima para marcar pontos.

A vaquejada é encarada como esporte sobretudo em Pernambuco, na Paraíba, em [sic] Piauí, na Bahia, no Ceará, no Rio Grande do Norte e em Alagoas. Há uma associação nacional que regulamenta os mais de 4.000 eventos com vaquejadas que acontecem todos os anos, e que em 2013 movimentaram 50 milhões de reais (FREITAS, 2016, p. 3-4).

Mais do que uma tradição cultural, a vaquejada atualmente é, portanto, uma atividade econômica geradora de emprego e renda, principalmente no Nordeste – uma das regiões mais subdesenvolvidas, e, conseqüentemente, mais carentes do país. O grande público é atraído não somente pelas competições em si, mas também pelos shows dos artistas de sucesso que se apresentam nos eventos.

Por outro lado, com a crescente conscientização da sociedade humana em relação aos direitos dos animais, vêm ganhando força as acusações de que a vaquejada configura maus-tratos aos bois e cavalos envolvidos na competição.

4.2.1 Visões antagônicas sobre o assunto

Farias, Netto e Rosenvald (2018, p. 304-305) relatam que o direito no século XXI se vê diante de uma grande celeuma referente a qual seria o tratamento jurídico mais adequado para os animais. Poderia o princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido por numerosos ordenamentos jurídicos mundo afora, ser estendido aos animais de modo a reconhecê-los como sujeitos de direito? Isso seria admitido pela Constituição brasileira?

Edna Cardozo Dias (2005, p. 1) entende que sim, argumentando que os animais são portadores de direitos “inerentes à sua natureza de ser vivo e de indivíduos de uma determinada espécie”. Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2019, p. 68), por sua vez, rebate alegando que o direito seria voltado à satisfação das necessidades humanas e que o art. 225 da CF/88 teria adotado posição explicitamente antropocêntrica.

Outros, no entanto, defendem a evolução deste último entendimento em direção a um patamar que, inobstante continue a não conferir aos animais a condição de sujeitos de direito, ao menos firme a convicção de que não se pode reduzi-los ao *status* de coisas. É a premissa adotada, por exemplo, pelos Códigos Civis da Alemanha, Áustria e Suíça (OLIVEIRA, 2013, p. 11328).

A matéria, contudo, persiste polêmica e não há unidade de vistas. Podemos concluir que, se ainda não estamos prontos, à luz das estruturas e funções do nosso sistema jurídico, para reconhecer a posição de sujeito de direito para os animais, isso não significa que possamos instrumentalizá-los como coisas, sem consideração específica com seres que merecem consideração específica.

Parece-nos fora de dúvida, atualmente à luz dos postulados éticos de nosso sistema jurídico, que é dever do Estado e da sociedade tratar os animais sem crueldade (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2018, p. 305).

A controvérsia que ora se pretende analisar chegou ao STF após a Procuradoria-Geral da República propor uma ADIn contra a Lei Estadual 15.299/2013 do Ceará, que regulamentou naquele estado a vaquejada como prática desportiva e cultural. Não foi a primeira iniciativa do tipo: desde o ano anterior já era regulamentada a vaquejada no Piauí, na Bahia e em Fortaleza, ao passo que leis parecidas aguardavam sanção do Executivo na Paraíba e em Alagoas.

No julgamento da Suprema Corte se viu certa uniformidade entre os votos pela procedência da ação, que de forma mais ou menos idêntica acusaram a inconstitucionalidade da vaquejada por ofensa ao bem-estar dos animais garantido pelo art. 225, § 1º, VII. Já entre os votos pela improcedência houve uma maior variedade de fundamentos. Alguns ministros, como Dias Toffoli e Teori Zavascki, simplesmente negaram haver provas suficientes de que a prática fosse de fato cruel para com os animais; enquanto outros, como Gilmar Mendes e Luís Edson Fachin, muito embora reconhecessem a referida crueldade, argumentaram que declarar a inconstitucionalidade da lei impugnada seria uma medida inócua que levaria a uma situação ainda mais indesejável, qual seja, à continuidade das vaquejadas na clandestinidade. Nesse sentido, alegavam, a solução que melhor otimizaria a salvaguarda dos desígnios do legislador constituinte – incluindo-se aí o preceito do art. 215, § 1º – seria justamente a elaborada pelo legislador ordinário, isto é, a permissão para a realização das vaquejadas dentro de parâmetros legalmente estabelecidos que proporcionassem o bem-estar e segurança dos vaqueiros e animais envolvidos.

Ambas as objeções foram corretamente refutadas pelo ministro Luís Roberto Barroso. Em suas considerações, recorda o ministro que a alegada ineficácia social de uma proibição da vaquejada não constituiria motivo apto a afastar a inconstitucionalidade da prática, da mesma forma como a ineficácia da proibição de tantas outras práticas (ex: prostituição de menores, caixa dois eleitoral) não impede que sejam elas reputadas ilícitas.

No tocante à existência de crueldade, por sua vez, as evidências científicas sugerem que há, sim, sofrimento causado aos animais durante a vaquejada:

[...] Um laudo técnico emitido em 1999 pela então professora de medicina veterinária da USP Irvênia Luiza de Santis Prada, diz que conter o boi pelo rabo é o bastante para luxar as vértebras da cauda, romper vasos e ligamentos e, em alguns casos, arrancar completamente o rabo do animal. Ela lembra que, além da dor física, o boi que é submetido a essa prática constantemente também sofre estresse crônico (FREITAS, 2016, p. 4).

Barroso prossegue constatando ainda que a aludida crueldade é incontornável é intrínseca à vaquejada, na medida em que não haveria como se conceber uma regulamentação que evitasse o sofrimento dos animais sem que com isso se desnaturasse a realização da própria prática. A queda do boi com o rabo puxado e as patas para cima, afinal, é o critério que determina a marcação de pontos na competição:

Para que os vaqueiros pontuem, ou para utilizar o jargão, para “valer o boi”, devem tombar o animal de modo que ele exponha suas quatro patas. Evidentemente, para que isso seja possível, além de ser necessário imprimir maior força na tração e na torção de sua cauda, o animal deve cair lateralmente ou completamente voltado para o chão da pista de competição, o que, muito provavelmente, lhe causa traumas internos.

Poder-se-ia considerar que a vaquejada pode ser regulamentada de modo a evitar que os animais envolvidos sofram. Considero, todavia, que nenhuma regulamentação seria capaz de evitar a prática cruel à qual esses animais são submetidos. Primeiro, porque a vaquejada é caracterizada pela “puxada do boi” pela cauda. Sendo assim, qualquer regulamentação que impeça os vaqueiros de tracionarem e torcerem a cauda do boi descaracterizaria a própria vaquejada, fazendo com que ela deixasse de existir. Em segundo lugar, como a vaquejada também é caracterizada pela derrubada do boi dentro da chamada “faixa”, regulamentá-la de modo a proibir que o animal seja tombado também a descaracterizaria (BRASIL, 2016c).

Nota-se assim novamente, a princípio, uma colisão frontal entre os dois princípios constitucionais envolvidos: preservar a vaquejada significaria tolerar abusos contra os animais, e proteger os animais implicaria a supressão de uma manifestação cultural do povo brasileiro. Esse conflito, todavia, é apenas aparente, como se demonstrará ao final desta exposição.

Uma outra linha de raciocínio que conduziria à improcedência da ação foi trazida pelo ministro Luiz Fux, ao narrar trechos de um artigo que descrevia em

pormenores o processo de criação e abate de bois para consumo. Fux elabora uma construção segundo a qual, se o abate de animais visando à alimentação humana contém requintes de crueldade e não obstante é aceito pela Constituição, então a vaquejada também o seria, a despeito do sofrimento causado aos animais nela envolvidos:

Depois, o boi tem que apresentar mais ou menos 450 kg e, se apresentar menos, ele é morto. Ao atingir esse peso, o animal é enviado ao matadouro. A viagem é estressante. O animal urina e sua mais do que o normal e chega a perder até 3% do peso.

[...]

No boxe de atordoamento, o animal recebe um tiro com pistola de pressão – ou um dardo que perfura o cérebro – e desmaia. A partir daí, para que não corra o risco de acordar, o boi deve ser morto em no máximo 3 minutos.

Uma portinhola se abre e o animal cai desacordado numa espécie de esteira. Ele será içado pelas patas para ficar com o pescoço para baixo.

Primeiro, um corte na pele do pescoço. Depois, é só esticar o braço e chegar à jugular: o boi está oficialmente morto. Durante 3 minutos, seus 20 litros de sangue escorrerão numa canaleta para ser vendidos a fábricas de ração para cães e gatos.

Sem prejuízo. Além do boi virar filé, vaca sem filho vai para a Bolívia, boi doente vira vela – fazem vela com o produto do boi doente.

Senhor Presidente, é assim que se alimenta a humanidade, e a Constituição Federal estabelece que a alimentação é um direito social, inalienável. Eu pergunto a Vossas Excelências, no plano empírico: existe meio mais cruel de tratamento do animal do que o abate tradicional no Brasil, que não é vedado pela Constituição? (BRASIL, 2016c)

É importante destacar que o voto de Fux, assim como os de alguns outros ministros que se colocaram a favor da vaquejada, reconhece a potencial crueldade da prática; todavia, nega a subsunção dessa realidade ao preceito do art. 225, § 1º, VII da CF, por considerá-la análoga ao contexto do abate de bovinos para consumo.

Dessa forma, ao contrário de seus pares que admitiram haver um conflito entre os princípios constitucionais que protegem os animais e as manifestações culturais mas todavia consideraram ser possível conciliá-los em uma vaquejada fiscalizada e regulamentada, Fux dá a entender que esse conflito na verdade não existe, pois a vaquejada não seria uma afronta ao art. 225, § 1º, VII. Se assim fosse, aduz o ministro, seria forçoso reconhecer essa afronta também no abate para consumo, o que, para ele,

não se verifica; logo, *a contrario sensu*, também não há como se apontar na vaquejada uma ofensa àquele preceito, razão pela qual o único princípio constitucional a ser resguardado no caso seria o da proteção à manifestação cultural em tela. Fux, assim, conclui seu voto pela improcedência da ação e pela liberação da vaquejada.

Também essa objeção foi adequadamente rebatida pela observação de Barroso de que no mundo civilizado está atualmente em curso um processo por meio do qual uma nova ética humana em relação aos animais vem se impondo. Trata-se, segundo o ministro, de uma inevitabilidade histórica que, conquanto ainda não esteja firmada a ponto de suprimir a própria eliminação de animais para fins de alimentação, já goza de respeitabilidade social suficientemente forte para que não mais se tolere a crueldade contra animais para fins de mero entretenimento.

O mencionado recorte encontra respaldo, por exemplo, na noção de hierarquia de necessidades de Maslow, uma teoria segundo a qual as necessidades humanas são estratificadas em diferentes graus de importância. Nessa esteira, o ato de se matar animais para consumo e conseqüentemente satisfazer uma das necessidades fisiológicas e mais básicas do ser humano, qual seja, a alimentação, não pode ser colocado no mesmo patamar do ato de se submeter animais à crueldade para fins de uma necessidade humana secundária, no caso o mero lazer proporcionado pela vaquejada.

Exemplos de que essa nova ética animal já começa a adentrar os Tribunais brasileiros são as manifestações do próprio ministro Barroso e de seus colegas Rosa Weber e Ricardo Lewandowski no sentido de que a interpretação tradicionalmente antropocêntrica do art. 225 da CF deve ser superada em prol de uma matriz **biocêntrica**¹⁰ que reconheça uma dignidade própria dos animais a ser respeitada; e o julgamento posterior do STF em 2019 que impôs ao sacrifício de animais em rituais religiosos a limitação que as oferendas não sofram durante as cerimônias. A mensagem transmitida pela Suprema Corte, ainda que posteriormente, é, assim, a de que mesmo o exercício de um direito constitucional tão cristalino e consagrado como a liberdade de culto não autoriza a ocorrência de maus-tratos para com os animais envolvidos. Quem

¹⁰ Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2013, p. 11336-11337) esclarece que o termo *biocentrismo* comporta significados distintos, inclusive com implicações diferentes; nessa esteira, a *ética biocêntrica* é aquela “centrada na vida independente de categorizações, abrange todos os seres vivos [...], de maneira a asseverar que todo vivente tem valor em si, intrínseco inerente, e não mero valor instrumental”.

dirá, portanto, a prática da vaquejada, que se destina primordialmente ao mero entretenimento humano, ainda que igualmente protegida pela Constituição enquanto manifestação cultural, como aliás não deixou de reconhecer o Tribunal.

Nesse sentido, todavia, conforme salientado pelo voto do relator Marco Aurélio Mello, a jurisprudência anterior firmada pela Corte nos casos da rinha de galo e, especialmente, da farra do boi, já sinalizava que, ao se constatar eventual conflito entre as normas constitucionais de proteção à cultura e vedação à crueldade contra animais, dever-se-ia dar preferência a esta última:

Os precedentes apontam a óptica adotada pelo Tribunal considerado o conflito entre normas de direitos fundamentais – mesmo presente manifestação cultural, verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura (BRASIL, 2016c).

O voto do ministro Gilmar Mendes rejeita essa invocação jurisprudencial, alegando que a situação da vaquejada não se amolda ao precedente da farra do boi porque naquela primeira não haveria “intuito premeditado de machucar, mutilar ou matar quaisquer dos animais envolvidos (equinos ou bovinos)” e que o raciocínio segundo o qual a simples derrubada do boi configuraria maus-tratos também haveria de levar à proibição à montaria de qualquer ser humano em cavalos, tendo em vista a submissão destes a intenso esforço físico em cavalgadas ou competições de hipismo. Aqui, por sinal, vem à tona a lembrança da cena em que Stan é derrubado do cavalo pelos membros da PETA.

Barroso, todavia, novamente acerta ao esclarecer que a comparação entre a vaquejada e as atividades equestres mencionadas por Mendes não é correta, uma vez que naquela primeira o risco e a crueldade são inerentes, enquanto nessas últimas o risco e a crueldade são contingentes: “O cavalo que participa da corrida de cavalo é um puro-sangue inglês condicionado fisicamente e alimentado para aquela atividade da qual geralmente ele escapa ileso, ao passo que, na vaquejada, a crueldade contra o boi é inerente à atividade” (BRASIL, 2016c).

Decerto a farra do boi e a vaquejada não são atividades propriamente idênticas. Mas são semelhantes na medida em que ambas propiciam o supérfluo deleite humano às custas do sofrimento de animais, seja ele intencional, como na farra do boi; ou incidental, como na vaquejada. Trata-se de situações que, embora não se confundam no plano fático, são análogas no plano jurídico. Por esse motivo é que assistiu razão ao STF em dar o mesmo tratamento a ambas em seus julgados, mesmo com quase vinte anos de intervalo entre eles e tendo a composição do Tribunal se alterado radicalmente desde então.

4.2.2 Um conflito apenas aparente

A tese vencedora no julgamento, assim, admite a existência de um conflito entre os princípios constitucionais da proteção às manifestações culturais e da vedação à crueldade contra os animais, decidindo-se ao fim pela preponderância deste último no que pode ser visto como uma ponderação alexiana que afasta a constitucionalidade da vaquejada por enxergá-la inarredavelmente incompatível com o art. 225, § 1º, VII.

Para a maioria dos integrantes da Corte, a possibilidade de evolução dos paradigmas culturais da sociedade em direção a patamares mais civilizados é o fator que justifica a preponderância do princípio vencedor sobre o princípio sacrificado naquele caso concreto. Nessa esteira, expôs a ministra Cármen Lúcia ao votar contra a vaquejada:

[...] este é um caso em que sempre haverá os que defendem, considerando que o que foi posto aqui é uma atividade que vem de longo tempo, que se engravou grandemente na cultura de parte considerável do nosso povo, mas também cultura se muda, e muitas culturas foram levadas nesta condição até que houvesse um outro modo de ver a vida (BRASIL, 2016c).

A ressalva que deve ser feita a essa decisão do STF não é o mérito do acórdão em si, ou seja, a proibição da vaquejada devido à constatação de sua inconstitucionalidade, mas sim o caminho pelo qual se chegou a essa conclusão.

Isso porque o conflito entre os mencionados preceitos constitucionais no caso da vaquejada, assim como no da rinha de galo ou da farra do boi, é apenas aparente e

poderia ter sido evitado. É que, como esclarece em sua obra o próprio Barroso (2004, p. 198) – um dos ministros que formaram a maioria vencedora no julgamento –, antes de proceder-se no caso concreto a uma ponderação de princípios que invariavelmente dilapidará um deles ou ambos em face um do outro, deve-se verificar a possibilidade de dar a um desses princípios uma interpretação que evite o seu choque junto ao outro princípio de mesma hierarquia.

Isto posto, tem-se que a disposição do art. 225, § 1º, VII da CF, na classificação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2012, p. 168-169), enquadra-se como norma com função de bloqueio, isto é, que visa impedir ou cercear a prática de comportamentos contrários a seu preceito. Dessa forma, a referida norma dificilmente comportaria uma interpretação mais maleável: “[são] vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

O art. 215, § 1º, por outro lado, enquadra-se como norma com função de resguardo, posto que visa à realização de uma conduta desejada: “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Nota-se, pois, que o comando do art. 225, § 1º, VII está muito mais para uma regra do que o do art. 215, § 1º.

Destarte, este último dispositivo, diferentemente do primeiro, admite uma perquirição mais aprofundada acerca da real dimensão de seu sentido, com alguma inspiração do politicamente correto. Ao fazer menção expressa às culturas indígenas e afro-brasileiras, ao lado das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, há margem razoável para se concluir que o constituinte originário teve aqui uma preocupação de resguardar manifestações culturais não de forma geral e *erga omnes*, inclusive contra outros valores constitucionais com as quais aquelas viessem a se chocar; mas sim de forma mais específica, tendo como enfoque a intolerância e perseguição que viessem a ser promovidas contra algumas culturas por outras culturas que fossem majoritárias e/ou dominantes em determinadas localidades.

Essa interpretação restritiva do art. 215, § 1º da CF, assim, afastaria a vaquejada da sua incidência, já que não teria sido exatamente a intenção do constituinte resguardar por meio desse dispositivo manifestações culturais que promovessem maus-tratos contra

animais; e evitaria o conflito desse preceito constitucional com aquele do art. 225, § 1º, VII. A questão, assim, resolver-se-ia com a mera subsunção da prática da vaquejada à hipótese da vedação constitucional aos maus-tratos contra animais, não sendo necessário recorrer-se a uma ponderação de princípios para tanto.

No fim das contas, verifica-se que o politicamente correto teve pouca ou nenhuma influência no veredito alcançado pelo Tribunal. Em que pese a maioria dos ministros tenha demonstrado empatia para com a causa animal, há de se recordar que a proteção do bem-estar desses seres era um valor já positivado e consagrado na Constituição, de modo que não se pode acusar aquela maioria de subverter ou desequilibrar o código jurídico em prol da defesa de um grupo tido como “vulnerável”.

Isso, todavia, não impediu o ministro Gilmar Mendes de criticar posteriormente o STF por “proibir a vaquejada e liberar o aborto” (TEIXEIRA, 2018), fazendo menção a uma decisão da 1ª Turma que havia permitido essa última prática num caso concreto, sob a relatoria do ministro Barroso e sem análise do Plenário. Mendes, dessa forma, manifestou sua indignação com o que parece ter considerado uma excessiva interferência da mentalidade politicamente correta no julgamento de seus pares.

Numa outra ocasião, durante uma sessão de julgamento e sem citar nominalmente Barroso, Gilmar acusou-o de “dar uma de esperto e conseguir a decisão do aborto, de preferência na Turma, com dois, com três ministros [...]” (isto é, driblando a análise pelo colegiado e restringindo a uns poucos ministros uma decisão que deveria ser tomada por todos). Em resposta, Barroso disse: “Me deixe de fora desse seu mau sentimento. Você é uma pessoa horrível; uma mistura do mal com atraso e pitadas de psicopatia [...]”. A fala rapidamente deu origem a vários *memes* na internet, e Barroso foi aclamado pela opinião pública (RECONDO; WEBER, 2019, p. 311-313).

4.3 A REAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL

A reação mais significativa, contudo, veio do Legislativo, como pode acontecer nos casos de divergência com o Judiciário acerca da interpretação mais adequada da Constituição (NETTO, 2019, p. 1471). Contrariado com a proibição da vaquejada, o

Congresso Nacional apressou-se em aprovar e promulgar já no ano seguinte a EC 96/2017, cujo texto acrescentou à redação do art. 225 da CF o seguinte dispositivo:

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos (BRASIL, 2017b).

Assim, portanto, a mesma prática desportiva declarada inconstitucional pelo STF em 2016 foi “constitucionalizada” em 2017 por meio de uma alteração da Lei Maior que expressamente excluiu da incidência do seu art. 225, § 1º, VII as manifestações culturais reconhecidas, incluindo-se aí as vaquejadas e rodeios.

Desnecessário é dizer que a mera alteração do Texto Constitucional não tem o condão de transformar magicamente a realidade dos fatos. Apesar da preocupação manifestada pelo legislador em garantir o bem-estar dos animais por meio de lei específica que regule as competições, a vaquejada era e continuará a ser intrinsecamente cruel após a EC 96/2017, ao menos no plano fático; no plano jurídico, todavia, essa e outras manifestações culturais populares que utilizem animais passaram a ser legitimadas pela Constituição brasileira por força de uma opção política expressa do poder constituinte derivado.

A norma claramente resultou de uma resposta do Congresso Nacional às decisões do STF que consideraram a vaquejada uma prática cruel. O Brasil, com essa norma, vai na contramão das legislações mais atuais acerca do tema (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2018, p. 307).

A moral evidenciada por *South Park* em seus episódios é, portanto, de clara dissociação entre os interesses do homem e dos animais: os humanos dizem se importar com os animais, mas não deixam de comer carne; e os animais (excetuados os de estimação) também parecem não se importar com os humanos, como demonstrado pelos animais da PETA quando os membros da organização são mortos pela gangue de *rappers*. Como exemplo adicional do posicionamento adotado por *South Park* nesse

sentido, tem-se ainda a zombaria promovida pelo seriado para com o ativismo dos direitos dos animais (JONES *in* ARP, 2013, p. 243).

É este o cenário que se tem atualmente. Conquanto a decisão do STF tenha sido novamente contrária à moral de *South Park*, posto que imbuída de um ideal de maior respeito da parte do ser humano para com os animais, a EC 96/2017 é mais condizente com a realidade retratada no seriado, pois chancela a exploração politicamente incorreta de animais em prol do lazer e interesses econômicos da espécie humana.

5 IGUALDADE DE GÊNERO

A igualdade de gênero é um tema fartamente debatido pela literatura das ciências humanas no século XXI. Busca-se, sobretudo, problematizar a persistência das disparidades entre homens e mulheres na sociedade atual.

A título de exemplificação, Flávia Biroli (2018) descreve algumas temáticas nas quais é possível se observar com maior nitidez as desigualdades de gênero na contemporaneidade: a) a divisão sexual do trabalho, com a constatação de que mulheres

têm rendimento salarial médio menor que os homens (embora seja questionável se tal diferença se deve de fato a discriminações de gênero¹¹) e são mais tendentes a trabalhar em situações de precariedade; b) família e maternidade, referindo-se aos encargos depositados pela sociedade sobre as mulheres para que necessariamente sejam mães e se dediquem a cuidar da casa e da família, uma cobrança que não é feita com a mesma intensidade aos homens; c) aborto, sexualidade e autonomia, referindo-se à restrição à autonomia reprodutiva das mulheres representada pela proibição legal do aborto em diversos países; d) atuação política, com destaque para a sub-representação da população feminina em cargos públicos eletivos.

Neste sentido, o presente Capítulo pretende agrupar análises sobre duas decisões judiciais referentes a matérias que suscitam discussões sobre a igualdade de gênero e que também são retratadas em *South Park*. A Seção 5.1 diz respeito à cobrança de valores diferenciados para o ingresso de homens e mulheres em baladas e casas noturnas, enquanto a Seção 5.2 versa sobre uma possível descriminalização judicial do aborto no Brasil.

5.1 MACHISMO E OBJETIFICAÇÃO DA MULHER EM CASAS NOTURNAS

A objetificação sexual de pessoas é um tema que encontra paralelo em alguns episódios de *South Park*. Um deles é *Os seios de Bebe destroem a sociedade*. Nele, as crianças retornam à escola após uma pausa durante a qual Bebe, a melhor amiga de Wendy, começou a desenvolver seios. Apesar de pequenos (ela inicialmente pensou que se tratassem de picadas de mosquito), os seios de Bebe passam a exercer uma grande atração sobre todos os meninos da cidade, que passam a enxergá-la como extraordinariamente legal e inteligente. Consequentemente, os garotos começam a lutar

¹¹ Renata Barreto (2018, p. 1-3) destaca vários fatores, alheios à mera diferença de gênero, que explicam as disparidades salariais entre homens e mulheres na sociedade ocidental. Um estudo de Harvard em 2014 mostrou que as mulheres em média têm mais estudo, mas: começam a carreira mais tarde; são mais suscetíveis a desistir dela mais cedo; têm menores jornadas de trabalho; e tendem a escolher atividades de menor remuneração. Ademais, há setores em que o rendimento do profissional é determinado pelo comportamento do consumidor. Isso explica, por exemplo, por que Gisele Bündchen é melhor paga do que qualquer modelo masculino do mundo; e também por que Neymar e Faustão recebem mais do que Marta e Fátima Bernardes, respectivamente, já que seu futebol e seu programa de TV geram mais audiência e receita para os empregadores do que as atrações protagonizadas por suas contrapartes femininas.

entre si de forma animalesca para sair com Bebe, como se fossem homens das cavernas. Mais adiante no episódio, Stan é salvo do transe após uma conversa com seu pai, que lhe diz que todas as mulheres tem seios e que “um dia você irá conhecer um par de seios com o qual irá querer se casar”.

Em *A lista*, por sua vez, os garotos da South Park Elementary descobrem que as garotas da classe haviam feito uma lista deles, ranqueando-os pela beleza de cada um. Após duas tentativas, os garotos conseguem roubar a lista e descobrem que o personagem Clyde foi considerado o mais bonito da sala, e Kyle como o mais feio, com Cartman logo em seguida. A descoberta derruba a autoestima de Kyle e infla a de Clyde, que passa a sair com várias garotas da escola.

Clyde se solidariza com Kyle e gentilmente o recorda de que Abraham Lincoln, que aparentemente era feio, fora capaz de tantas conquistas em sua vida. Em uma crise de depressão, Kyle começa a se enturmar com os alunos feios, e recebe do colega Jamal a ideia de incendiar o colégio. Ele também é visitado pelo fantasma de Abraham Lincoln, que lhe mostra que a feiura pode ser uma bênção disfarçada; pessoas feias como Jamal não recebem nada da vida e precisam batalhar pelo que procuram, e dessa forma desenvolvem caráter; enquanto que pessoas bonitas, por outro lado, não terão conquistado esse caráter e ficarão sem nada quando sua aparência começar a definhar. Inobstante isso, Kyle decide ir adiante com seu plano de incendiar a escola, citando a longa espera que teria de suportar para concretizar a referida bênção e as dificuldades e misérias que teria de atravessar nesse ínterim.

Enquanto isso, Stan observa o comportamento de Kyle com crescente desconforto. Ele eventualmente consulta sua ex-namorada Wendy sobre o porquê de seu amigo ter sido eleito o mais feio da turma. Wendy passa a investigar e descobre que as urnas teriam sido fraudadas em favor de Clyde: seu pai era dono de uma loja de sapatos, de forma que algumas das garotas queriam torná-lo popular para então sair com ele e ganhar sapatos grátis. Elas haviam escondido a lista verdadeira e forjaram uma outra, deixando Cartman e Kenny roubarem esta última. Wendy então rouba a lista verdadeira e, juntamente com Stan, contam a verdade a Kyle e conseguem detê-lo pouco antes que o mesmo incendiasse a escola.

Verifica-se, portanto, que o plano das meninas da turma consistia em manipular a pessoa dos meninos para viabilizar suas segundas intenções em relação a Clyde, as quais envolviam benefícios de ordem material (no caso, os sapatos). Foi após constatar um cenário análogo que a juíza substituta Caroline Santos Lima, do Juizado Especial Cível de Brasília, deferiu liminar em junho de 2017 proibindo casas noturnas de cobrarem preços diferenciados para ingresso de homens e mulheres em seus recintos (BRASIL, 2017c).

Trata-se de uma prática comum e consolidada entre estabelecimentos do gênero no Brasil, mas que passou a ser questionada na Justiça sob o argumento de que a cobrança de ingressos mais baratos para mulheres faz parte de uma estratégia dos proprietários de atrair um maior público feminino não como um fim em si, mas como um meio para atrair, também, um maior público masculino, usando as mulheres como chamariz. O estudante de direito Roberto Casali Junior, autor da mencionada ação, justificou assim sua revolta: “Eles abaixam o preço para mulher porque a maior parte dos homens héteros vai querer ir. Fazem a mulher de produto, fazem o homem de trouxa para que ele pague o maior valor possível para eles ganharem mais dinheiro com isso” (BRASIL, 2017d).

Para a magistrada, as mulheres pagam menos, pois são usadas como isca. “Fato é que não pode o empresário-fornecedor usar a mulher como ‘insumo’ para a atividade econômica, servindo como ‘isca’ para atrair clientes do sexo masculino para seu estabelecimento. Admitir-se tal prática afronta a dignidade das mulheres, ainda que de forma sutil, velada. Essa intenção oculta, que pode travestir-se de pseudo-homenagem, prestígio ou privilégio, evidentemente, não se consubstancia em justa causa. Pelo contrário, ter-se-á ato ilícito”, continuou (BRASIL, 2017d).

Perceba-se, pois, como o “agrado” das casas noturnas à clientela feminina vem sendo acusado de servir como uma ferramenta de um plano maior que visava à obtenção de benefícios materiais, no caso a maximização dos lucros dos estabelecimentos por meio de uma estratégia de *marketing* que lhes permitiria atrair um maior público de ambos os gêneros, oferecendo o desconto no ingresso como chamariz para as mulheres e o consequente aumento do público feminino em decorrência do referido desconto, por sua vez, como isca para os homens. Da mesma forma como, no episódio de *South Park*,

o “agrado” das meninas a Clyde escondia um interesse das mesmas na obtenção de sapatos grátis da loja do pai do garoto.

Instada a se manifestar no processo, a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, o fez por meio da Nota Técnica nº 2/2017 (BRASIL, 2017d), na qual se posicionou a favor da proibição da cobrança diferenciada e inclusive determinou que a mesma fosse aplicada aos estabelecimentos do setor de lazer a nível nacional. As notas técnicas da Senacon, muito embora não sejam atos normativos, servem como diretrizes que orientam a atuação dos demais órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, a exemplo dos Procons estaduais (OLIVEIRA, 2019, p. 3).

A matéria, no entanto, suscitou divergência nos tribunais: cerca de dois meses após a decisão do juizado brasiliense, uma liminar do juiz Paulo Cezar Duran, da 17ª Vara Federal Cível de São Paulo, suspendeu a aplicação da Nota Técnica nº 2/2017 da Senacon. Essa última decisão atendeu a um pedido da Associação Brasileira de Bares e Restaurantes - ABRASEL, e valia apenas para estabelecimentos filiados à entidade no estado de São Paulo (MELLO, 2017, p. 1).

Dois anos mais tarde, após outra decisão favorável ser obtida pela ABRASEL, desta vez no estado de Goiás (OLIVEIRA, 2019, p. 3), a Senacon reviu sua posição anterior por meio da Nota Técnica nº 11/2019 (BRASIL, 2019c) e passou a considerar válida a cobrança diferenciada de preços entre homens e mulheres.

Deve-se ter em mente que as decisões acima mencionadas foram tomadas por juízos distintos, com jurisdições e competências territoriais distintas, e que não interferiram nem se sobrepuseram uma à outra. Trata-se apenas de demonstrar que o tema é controvertido e gera decisões opostas a depender do julgador em questão.

Este trabalho, agora, se predispõe a avaliar a licitude da aludida cobrança diferenciada de preços entre homens e mulheres em estabelecimentos do segmento de lazer, a partir do cotejo de argumentos elencados nas duas notas técnicas da Senacon e na decisão liminar do Juizado Especial Cível de Brasília.

Para tanto, tomar-se-á como ponto de partida a conclusão da Nota Técnica nº 11/2019, na qual se afirma que a cobrança diferenciada não é expressamente vedada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) e encontra-se acobertada pelos princípios

constitucionais da legalidade e da livre iniciativa, de modo que só poderia ser proibida por via legislativa, de forma expressa; ou se, no âmbito judicial, se entendesse que o princípio da igualdade de gênero teria preponderância sobre aqueles outros no caso concreto.

A primeira alegação merece um exame mais cuidadoso. De fato, não há no CDC uma norma que proíba nominalmente a cobrança de ingressos com preços diferenciados em razão do gênero; contudo, o art. 37, § 2º da referida lei (BRASIL, 1990b) considera abusiva a publicidade *discriminatória* de qualquer natureza:

Publicidade é espécie do gênero prática comercial. Todo comportamento do fornecedor tendente, direta ou indiretamente, à circulação de produtos e serviços no mercado de consumo que discrimine os consumidores sem o respaldo em norma constitucional ou legal e em critério lógico configura prática comercial abusiva (BRASIL, 2017d).

Nessa esteira, apontava a Nota Técnica nº 2/2017 que a cobrança diferenciada seria discriminatória por ofender os princípios constitucionais da isonomia e da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I da CF) enquanto consumidores, já que no caso concreto não haveria justificativa idônea para que os homens pagassem mais que as mulheres por um mesmo serviço. Essa discriminação, afirmava a Senacon, só seria permitida se houvesse uma correlação lógica e compatível com a Constituição entre a circunstância desigualadora e o *discrímén* adotado¹².

Em contraste, a Nota Técnica nº 11/2019 refuta essa argumentação esclarecendo que a cobrança diferenciada justifica-se sob a ótica de um ponto de vista econômico, à luz de fatores técnicos como a segmentação do mercado:

Sendo assim, para precificar o ingresso, o fornecedor irá segmentar os seus consumidores e avaliar a curva de demanda de cada um desses segmentos. Fazendo desta forma ele poderá otimizar o preço de maneira a conseguir a maior quantidade de consumidores que concordam em pagar o nível de preço ofertado do seu produto ou serviço, tendo a possibilidade desse preço ser diferente para cada segmento avaliado.

Havendo a possibilidade de diferenciação de preços para seus consumidores e, percebendo que uma parcela do seu público não está disposta a pagar um valor mais alto, enquanto outra parcela está disposta, o fornecedor poderá ofertar o ingresso com preços diferentes entre esses segmentos, de maneira a

¹² Neste sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 37-43).

atrair a maior quantidade e diversidade de pessoas ao seu estabelecimento. Ou seja, a discriminação de preços pode favorecer a diversidade de frequentadores de um ambiente que esteja precificando seu ingresso pelo valor do segmento que está disposto a pagar mais (BRASIL, 2019c).

Deste modo, sustenta o novo posicionamento da Senacon que o desconto no ingresso feminino, ao contrário do que entendeu a juíza Caroline Santos Lima em sua decisão, não configura por si só uma desigualdade de tratamento entre homens e mulheres, sendo que a abusividade da prática necessitaria restar demonstrada a partir de outros fatores que não a mera distinção de preços. Nesse diapasão, acrescenta Mariane Oliveira (2019, p. 5):

Ademais, o aspecto mercadológico não pode ser desprezado, na medida em que descontos oferecidos para mulheres em casas noturnas e festas pagas servem como atrativo para que estas, notadamente mais arreadas à participação que os homens em eventos dessa natureza, sintam-se mais encorajadas a participar, no interesse de todos.

A mesma estratégia de marketing pode também privilegiar apenas o sexo masculino.

É o caso de salões de beleza e clínicas de estética que oferecem descontos dirigidos apenas ao público masculino, buscando atrair este segmento menos assíduo, recebidos tranquilamente pela sociedade. Trata-se de pura e legítima estratégia de marketing, que não atenta à dignidade dos homens.

No que tange aos salões de beleza, aliás, argumenta-se que há uma presunção de que cabelos masculinos são menores e, portanto, dão menos trabalho ao cabeleireiro.

Nota-se, pois, que em ambos os momentos a Senacon reconheceu haver circunstâncias nas quais o ordenamento jurídico permite a cobrança diferenciada de preços por um mesmo produto ou serviço em função de características pessoais da clientela, desde que essa diferenciação seja fundada em razão lógica e não afronte valores resguardados pela Constituição. A controvérsia consiste em determinar se há ou não essa afronta no caso concreto, isto é, no desconto para mulheres no valor de entrada de estabelecimentos do setor de entretenimento e lazer. Nessa sequência, a juíza Caroline Santos Lima fundamentou sua decisão nos seguintes termos:

Não há dúvida de que a diferenciação de preço com base exclusivamente no gênero do consumidor não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio.

Ao contrário, o Código de Defesa do Consumidor é bastante claro ao estabelecer o direito à “igualdade nas contratações”.

[...]

Incontroverso que as pessoas são livres para contratarem, mas essa autonomia da vontade não pode servir de escudo para justificar práticas abusivas. Não se trata de um salvo conduto para o estabelecimento de quaisquer critérios para a diferenciação de preços. Com base nesse raciocínio, não é possível cobrar mais caro de um idoso ou de estrangeiros, por exemplo. Nessas situações o abuso seria flagrante e sequer haveria maiores discussões.

Ocorre que no caso das mulheres a situação é ainda mais delicada, já que uma prática repetida há tanto tempo pode traduzir uma (falsa) aparência de regularidade, de conformidade. No entanto, felizmente, o tempo não tem o condão de convalidar nulidades de tal porte. Não é “porque sempre foi assim” que a prática discriminatória haverá de receber a chancela do Poder Judiciário, pois o mau costume não é fonte do direito. De forma alguma.

Ora, é incontestável que, independentemente de ser homem ou mulher, o consumidor, como sujeito de direitos, deve receber tratamento isonômico. Deste modo, a partir do momento em que o fornecedor faz a oferta de um produto ou de um serviço, deve oferecê-lo a homens e mulheres de maneira igualitária, nas mesmas condições, salvo a existência de justa causa a lastrear a cobrança diferenciada com base no gênero.

Fato é que não pode o empresário-fornecedor usar a mulher como “insumo” para a atividade econômica, servindo como “isca” para atrair clientes do sexo masculino para seu estabelecimento. **Admitir-se tal prática afronta, de per si, a dignidade das mulheres, ainda que de forma sutil, velada.** Essa intenção oculta, que pode travestir-se de pseudo-homenagem, prestígio ou privilégio, evidentemente, não se consubstancia em justa causa para o discrimen. Pelo contrário, ter-se-á ato ilícito (BRASIL, 2017c, grifo nosso).

A juíza acerta ao afirmar, a título de exemplificação, que não seria possível cobrar mais caro de um idoso ou de estrangeiros. De fato, a liberdade de contratar não autoriza a diferenciação de preços por um mesmo serviço de forma arbitrária e completamente sujeita à discricionariedade do fornecedor.

No entanto, o que alegam Mariane Oliveira (2019, p. 5) e a Nota Técnica nº 11/2019 é que no caso concreto a referida distinção de preços não é meramente arbitrária, mas antes lastreada na segmentação de mercado: a demanda masculina por esse tipo de evento é superior à feminina, logo faz sentido oferecer descontos às mulheres visando atrair um público mais diversificado para as festas.

No tocante a isso, ponderou a decisão acima que o incentivo em questão constitui uma ofensa velada à dignidade das mulheres, que estariam sendo usadas como objeto de atração de clientes do sexo masculino. A Nota Técnica nº 2/2017 corroborava

esse pensamento ao apontar que a mencionada estratégia reduziria a mulher à condição de produto a ser utilizado para se obter vantagens econômicas. Neste momento, surge a necessidade de se dissertar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e sua aplicação ao caso em espécie.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 15-30) assevera que três conteúdos essenciais da dignidade humana são: o valor intrínseco, a autonomia e o valor social da pessoa humana. Do valor intrínseco decorre, entre outros postulados, a ideia do ser humano como um fim em si mesmo, conforme o pensamento kantiano, e não como um meio para a realização dos fins de outros. A partir daí, um primeiro olhar poderia conduzir à impressão de que a cobrança diferenciada para mulheres, ao fazê-las de instrumento de atração para a clientela masculina, estaria a afrontar sua dignidade por tratá-las como um meio para a realização dos fins lucrativos do estabelecimento.

Entretanto, não se pode avançar de forma precipitada em direção a essa conclusão. É que a noção elencada no parágrafo acima, de que o desconto no valor das entradas estaria a promover uma degradação velada da dignidade feminina aos olhos da sociedade, não é um consenso entre as próprias mulheres, havendo entre elas as que aceitam a promoção como um regalo e não consideram que isso as torne “alvos” para chamar a atenção dos homens (MENDONÇA, 2018, p. 1).

Aqui se verifica a presença de outro elemento essencial da dignidade da pessoa humana, isto é, a sua autonomia. Barroso (2010, p. 26-27) esclarece que Tribunais de variados países, ao interpretarem o referido princípio, já proferem decisões fundadas na autonomia como conteúdo da dignidade inclusive de modo a autorizar práticas reputadas moralmente degradantes, como fez por exemplo a Corte Constitucional da Colômbia ao não apenas reconhecer a licitude da prostituição voluntária, mas também assegurar direitos laborais aos trabalhadores do sexo.

Por último, há o valor comunitário, que funciona “muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la”, segundo Barroso (2010, p. 28), já que aqui se busca limitar a liberdade do indivíduo em prol da proteção dele mesmo, daqueles que o cercam e de valores sociais compartilhados pela comunidade. Com base nisso se poderia advogar pela proibição da cobrança diferenciada alegando que a autonomia da vontade das mulheres não pode

servir de salvaguarda para uma prática que atenta contra sua própria dignidade. Contudo, alerta Barroso que esse tipo de restrição à liberdade individual requer a presença de um forte consenso social a respeito da medida a ser adotada, o que não se verifica no caso em tela, conforme o parágrafo anterior.

Conclui-se, dessa forma, que respeitar a dignidade das mulheres é também respeitar a autonomia das mulheres que estejam dispostas a aceitar o desconto na entrada de bares e baladas e não se sentem diminuídas em sua dignidade por isso. O consumidor, recorda Mariane Oliveira (2019, p. 5), tem plena liberdade para decidir se aceita ou não esse tipo de oferta, e essa liberdade é decisiva para a constatação ou não de uma ofensa à sua dignidade, que, no caso, não há.

Afastada, portanto, a afronta à dignidade da pessoa humana, resta avaliar-se a alegada ofensa à isonomia, para então finalmente poder-se constatar a abusividade ou não da cobrança diferenciada entre homens e mulheres à luz do CDC.

Retornando-se às conclusões esposadas pela Nota Técnica nº 11/2019, tem-se que a mesma se equivoca ao afirmar que a proibição do desconto para as mulheres sem amparo em uma vedação legislativa explícita nesse sentido violaria o princípio da legalidade. Isso porque já existe a norma do art. 37, § 2º do CDC que veda a publicidade abusiva, bem como a norma constitucional do art. 5º, I que prevê a isonomia entre homens e mulheres. Caso se entenda que a referida cobrança diferenciada esbarra em alguma dessas normas, deve ser ela proibida como decorrência natural, ainda que não haja uma norma específica para essa situação.

Ocorre que nenhuma das normas em questão veda a cobrança diferenciada. Isso porque não se trata propriamente de uma publicidade, o que a retira do escopo de abrangência do art. 37, § 2º do CDC. Mas ainda que se entendesse o contrário, a abusividade da conduta haveria de restar demonstrada por outros fatores que não a mera diferença de preços, conforme já dito acima. Dessa forma, seja por uma ou outra via, não há como se impugnar a cobrança diferenciada com arrimo nesse dispositivo.

A norma do art. 5º, I da CF, por sua vez, também não incide sobre o caso em tela de modo a proibir a cobrança diferenciada, pois, como visto acima no Capítulo 2, a Constituição não veda o tratamento diferenciado entre cidadãos nas hipóteses em que houver uma razão justificada para tanto. E, na situação que ora se discute, a cobrança

diferenciada entre homens e mulheres se justifica pelo já mencionado fator mercadológico referente ao diferente grau de demanda existente entre homens e mulheres pelo serviço em questão.

A Nota Técnica nº 2/2017 também alegava que uma vedação expressa à cobrança diferenciada na verdade existe, tendo em vista que o art. 9º, VII do Decreto 5.903/2006 (BRASIL, 2006) proíbe ao fornecedor “atribuir preços distintos para o mesmo item”. Trata-se, no entanto, de um engano interpretativo do documento, na medida em que a razão de ser desse decreto, conforme inclusive disposto no seu art. 1º e também no próprio art. 9º invocado pela Senacon, é a de proteger o direito do consumidor de obter “informação adequada e clara” sobre produtos e serviços”.

Outra não poderia ser, portanto, a conclusão: quando a mencionada norma se refere à atribuição de preços distintos para o mesmo item, ela não está se referindo à prática de atribuir preços distintos para o mesmo item *com base em algum critério diferenciador relativo ao cliente*, mas antes à prática de meramente exibir preços distintos para um mesmo produto dentro de um mesmo recinto. Não é incomum que ao ir ao mercado, por exemplo, o consumidor se veja na situação de escolher um produto anunciado por um valor x e, ao passá-lo no caixa, deparar-se com um preço y . É em contextos como esse que, afinal de contas, se verifica uma ofensa à obrigação do fornecedor de oferecer informação clara e adequada sobre os produtos e serviços por ele disponibilizados, na medida em que o consumidor fora iludido quanto ao real preço do produto quando da escolha.

Dessa forma infere-se que, de fato, não existe norma expressa no Brasil que proíba fornecedores de oferecerem descontos para mulheres no valor de entrada em seus estabelecimentos, tal como assinalado pela Nota Técnica nº 11/2019.

Voltando-se novamente ao posicionamento mais recente da Senacon, tem-se que o órgão acerta ao pontuar que a proibição da cobrança diferenciada sacrificaria o princípio da livre iniciativa (art. 170, IV da CF), como também assevera Mariane Oliveira (2019, p. 4), na medida em que constituiria um embaraço estatal à possibilidade de fornecedores e consumidores firmarem contratos em termos livremente aceitos por ambas as partes. Tal sacrifício é inarredável, não há como contorná-lo.

Assim, está correta a Nota Técnica nº 11/2019 ao afirmar que a única via judicial pela qual se pode proibir a cobrança diferenciada no Brasil seria uma ponderação de princípios que, no caso concreto, decidisse pela prevalência do princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres em face da livre iniciativa.

Ocorre que, conforme já anteriormente mencionado neste trabalho com base na doutrina de Barroso (2004, p. 198), não se procede ao referido confronto de princípios antes de se verificar a possibilidade de acomodá-los conjuntamente. E aqui, tal como no caso da vaquejada, essa possibilidade existe. Isso porque, à luz do fator segmentação de mercado, há espaço para uma interpretação segundo a qual a cobrança diferenciada de preços em verdade não ofende a isonomia, já que não se trata de uma discriminação pura e simples, mas sim de uma discriminação assentada em fundamentos concretos e reconhecidos pela ciência econômica, ainda que o contexto de descoberta da medida – irrelevante juridicamente – possa revelar também a presença da estratégia machista de *marketing* cujos meandros já foram destrinchados nos parágrafos acima. Evita-se, desse modo, o choque entre os princípios constitucionais com o fim de preservá-los ambos.

É preciso, para tanto, despir-se da visão enviesada segundo a qual os princípios de ordem social da Constituição brasileira devem sempre ter sua efetividade maximizada ao limite, não importando o prejuízo que disso possa resultar para os princípios mais relacionados ao empreendedorismo e à atividade econômica. Os princípios constitucionais *a priori* possuem igual estatura, de forma que deve o julgador dar preferência a soluções que viabilizem a coexistência de princípios aparentemente conflitantes sempre que isso seja possível.

Dessa forma, conclui-se que a cobrança diferenciada entre homens e mulheres nos valores de entrada em estabelecimentos do setor de lazer é compatível com o ordenamento jurídico nacional.

Esse entendimento se mostra ainda mais razoável em se tratando de festas com oferecimento de serviços *open bar* e *open food*, uma vez que aqui, para além do aspecto mercadológico, há também um aspecto biológico, sendo cientificamente comprovado que homens em média ingerem comida e bebidas alcóolicas em proporções superiores às mulheres, o que, por sua vez, gera para os organizadores desses eventos um custo médio maior para o atendimento ao público masculino, justificando assim a cobrança de

um valor maior para essa faixa da clientela. Trata-se de um raciocínio semelhante ao que embasa a já mencionada cobrança a menor dos cortes de cabelo masculinos em salões de beleza.

Não se pode, ainda, deixar de apontar a influência do politicamente correto na corrente oposta, isto é, a que advoga pela proibição do desconto para mulheres em eventos dessa natureza. A Nota Técnica nº 2/2017, por exemplo, invocava a noção de empoderamento feminino para sustentar aquela posição:

Se em algum dia mostrou-se tolerável, segundo o mercado, a utilização das mulheres como estratégia de marketing ou chamariz para atrair maior número de consumidores homens pagantes, isso não se admite nos dias atuais. O empoderamento das mulheres e a evolução do mercado não permitem mais esse tipo de prática abusiva (BRASIL, 2017d).

Nota-se, portanto, que o antigo posicionamento da Senacon fazia menção à condição das mulheres como sujeitos historicamente oprimidos para fundamentar uma proibição que teria o fito de atenuar essa situação e dar maior efetividade aos princípios da isonomia e da igualdade entre homens e mulheres.

Contudo, a medida em questão (que não é objeto de consenso sequer entre as próprias mulheres, em tese as maiores interessadas na mudança do aludido *status quo*) viria acompanhada de um retrocesso constitucional em relação à livre iniciativa – outro baluarte constitucionalmente relevante e também historicamente preterido no Brasil, como observa o príncipe Luiz Philippe de Orleans e Bragança (2017, p. 94). Por essa razão é que deve ser rechaçada pelos Tribunais brasileiros a proibição da cobrança diferenciada.

Verifique-se, por fim, que a decisão da juíza Caroline Santos Lima não deixa de estar em consonância com a moral de *South Park* sobre o machismo, uma vez que o seriado, de forma inteligente e um tanto ambígua, se vale de um humor aparentemente machista para, no fundo, afirmar o triunfo das mulheres sobre o patriarcado:

É esse o tipo de comédia que geralmente se faz presente em *South Park* ao passo que personagens femininas “devolvem na mesma medida” ou quando o humor que aparentemente zomba do feminino em última instância reafirma seu poder sobre o domínio da cultura masculina. Evidência disso pode ser vista em episódios como “Os seios de Bebe destroem a sociedade”, quando

os seios nascentes de Bebe levam os garotos de volta a um estado de pré-civilização inspirado em *2001: Uma odisseia no espaço*. A explicação oferecida pelo pai de Stan reconhece que o poder dos seios que os garotos tinham acabado de experimentar virá a afetá-los por toda a vida, até que eles encontrem os seios mais importantes, que serão aqueles com os quais se casarão. O espectador pode sentir desconforto com essa redução das mulheres à condição de “partes do corpo”, ainda que reconhecendo que essas “partes” femininas irão sempre exercer poder sobre os garotos.

[...]

O que não é usual sobre as personagens femininas em *South Park* é que apesar de serem repetidamente satirizadas ou ridicularizadas das maneiras mais sexistas e depreciativas, são elas que estão nas posições de poder (ROBINSON in COGAN, 2012, p. 186-188) (*tradução do autor*).

Agora, encerrada a discussão acerca da cobrança diferenciada entre homens e mulheres, passa-se ao exame de uma das maiores polêmicas existentes na sociedade no que diz respeito à igualdade de gênero.

5.2 O STF E O ABORTO

A crítica de Gilmar Mendes após o julgamento do STF sobre a vaquejada, mencionada no Capítulo acima a ela referente, evoca outra seara relacionada a politicamente correto e assiduamente retratada por *South Park*: a questão do aborto.

No episódio *A mãe de Cartman ainda é uma p*** suja*, a aludida personagem decide realizar um “aborto de 42º trimestre” em relação a seu filho. Ao descobrir que tal “aborto” tardio é ilegal, ela contesta o fato invocando um mote feminista: “Bem, eu acho que vocês devem manter suas leis fora do meu corpo”. Mais tarde no episódio, a sra. Cartman diz: “Eu deveria ter pensado em criar uma criança antes de transar”. Posteriormente ela é informada de que teria confundido as palavras “aborto” (*abortion*) e “adoção” (*adoption*), sendo que apenas esta última é que poderia ser praticada em relação a uma criança já nascida.

Em *Cartman entra para o NAMBLA*, após descobrir que seus pais querem ter outro filho, Kenny tenta evitar a possibilidade de ter um irmão mais novo. Ele tenta dar a sua mãe pílulas do dia seguinte, tenta fazer com que ela beba álcool e encoraja-a a embarcar numa atração intensa de um parque de diversões com o fito de provocar um aborto espontâneo. Nenhuma das tentativas funciona, contudo, e o bebê recém-nascido

acaba se tornando uma reencarnação em miniatura do próprio Kenny. Eis aqui uma pitada de humor negro, sugerindo-se que o Kenny original também seria uma criança “estragada” resultante de uma gravidez conduzida de modo irresponsável pela mãe.

Já no episódio *Uma escada para o paraíso*, ao perceber que a alma de Kenny está em seu corpo, Cartman decide ir a um local onde “se removam almas vivas de dentro dele”. O garoto então se dirige a uma clínica de aborto onde se envolve numa discussão com a senhora no balcão, insistindo que ele não pode viver daquele jeito e exigindo que eles simplesmente suguem a alma de Kenny para fora. Um casal entra no recinto e, após ouvir o discurso retórico do garoto, a namorada diz que “não pode fazer isso” e foge, levando o namorado visivelmente irritado a atirar uma pedra na cabeça de Cartman.

Em *A nova vagina chique do sr. Garrison*, a agora sra. Garrison – que biologicamente permanece um homem – se convence de que está grávida por não estar menstruando. Ela então pergunta ao médico se ele iria “sugá-lo para fora” ou “esmagar seu cérebro” (referindo-se ao feto), pois “uma mulher pode fazer o que quiser com seu corpo” (eis aqui, novamente, o *slogan* feminista), apenas para descobrir na clínica de aborto que úteros não são criados em operações de mudança de sexo; logo, ela não pode engravidar.

Por último, em *Eca, um pênis!*, Cartman passa a maior parte do episódio ensinando crianças que é certo trapacear. Ao aconselhar uma adolescente grávida, ele argumenta que “Abortar não é errado, é a forma suprema de trapaça. Você está trapaceando a própria natureza. Por que as garotas brancas ricas sobem na vida? Porque elas fazem abortos quando jovens. Elas engravidam, mas ainda querem ir para a faculdade, então, dane-se; elas simplesmente trapaceiam. Elas trapaceiam aquela pequena criatura em sua barriga para terem uma chance na vida”.

No Brasil, o aborto é tipificado como crime pelos arts. 124 a 126 do Código Penal, punindo-se tanto a mulher que pratique ou se submeta ao procedimento quanto o médico ou terceiro que o realize. O art. 128, por sua vez, estabelece apenas duas exceções nas quais a lei permite o aborto: se o mesmo for necessário para salvar a vida da mulher; ou para interromper uma gravidez resultante de estupro.

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

[...]

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 1940).

Os referidos dispositivos legais visam, pois, claramente, proteger a vida em potencial do feto enquanto bem jurídico contra agressões provenientes da própria gestante ou de terceiros. Exceções são admitidas somente para salvar-se uma outra vida, no caso a da mãe, ou para extirpar-se a gravidez decorrente de um crime hediondo, hipótese na qual o nascimento da criança eternizaria a marca de uma violência sexual sofrida pela mulher.

Uma nova exceção para além dessas, no entanto, foi criada pelo STF na ADPF 54 (BRASIL, 2012) para permitir o aborto de fetos anencéfalos, isto é, aqueles acometidos durante a gravidez por uma má formação do cérebro que torna impossível a vida extrauterina. Tendo em vista que um bebê com anencefalia pode ser natimorto ou sobreviver apenas algumas horas ou dias após o nascimento, os ministros da Suprema Corte julgaram que a criminalização do aborto nessa espécie é injustificada justamente porque não se presta a defender nenhum bem jurídico, já que a doença em questão exclui qualquer possibilidade de sobrevivência permanente do feto fora do corpo da mãe.

A proibição do aborto como regra, contudo, vem suscitando cada vez mais polêmica no mundo contemporâneo. Questiona-se, sobretudo, a justiça e legitimidade de se restringir a autonomia de uma mulher sobre o próprio corpo de modo a obrigá-la a levar adiante uma gravidez indesejada e ter um filho conseqüentemente indesejado, com os ônus biológicos que isso acarreta e muitas vezes em circunstâncias financeiras e/ou emocionais adversas que, diz-se, tornariam a criação do filho um curso prejudicial tanto

para os pais como para a própria criança. Neste sentido, tem-se que muitos países desenvolvidos já optaram por eliminar ou flexibilizar a referida proibição:

Vale destacar que, desde a década de 60 do século passado, se assiste, no mundo todo um fenômeno de liberalização da legislação sobre o aborto. Em sintonia com os novos valores sociais, e revelando uma crescente sensibilidade diante dos direitos constitucionais das mulheres, legisladores ou Tribunais Constitucionais de incontáveis países como Estados Unidos, Alemanha, França, Inglaterra, Itália, Espanha, Canadá, dentre tantos outros, promoveram significativas modificações em suas ordens jurídicas, legalizando a interrupção voluntária da gravidez, desde que realizada dentro de determinados prazos ou sob determinadas indicações. Nesse contexto, a legislação brasileira caracteriza-se hoje como uma das mais severas, rigorosas e anacrônicas de todo o mundo (SARMENTO, 2005, p. 45).

No Brasil, todavia, a ideia de se afrouxar a legislação sobre o aborto tem esbarrado sobretudo na atuação da bancada evangélica, que detém expressiva força no Congresso Nacional (MACHADO, 2017). Em 2015, o então presidente evangélico da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, declarou que a legalização do aborto só seria votada na Casa legislativa “por cima do seu cadáver” (LEAL, 2015). Por sua vez, o atual presidente da República, Jair Bolsonaro, cuja base de apoio inclui em grande parte o eleitorado evangélico, recentemente disse a apoiadores que, enquanto estiver no cargo, não haverá legalização do aborto no país (BEHNKE; BILÓ, 2020).

A opinião pública é outro obstáculo para a proposta: segundo recentes pesquisas de opinião, 41% dos brasileiros defendem que o aborto deveria ser proibido em qualquer hipótese, e para outros 34% a legislação deveria permanecer como está hoje (AMÂNCIO, 2019, p. 1). Somando-se ambos os percentuais, conclui-se portanto que 75% da população brasileira é contrária a qualquer alteração legislativa que flexibilize a proibição do aborto.

Nada disso, contudo, impediu que há alguns anos a 1ª Turma do STF decidisse pela descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação no HC 124.306 (BRASIL, 2016d), ao revogar a prisão preventiva de cinco médicos e funcionários de uma clínica de aborto no Rio de Janeiro. Em decisão capitaneada pelo ministro Luís Roberto Barroso, o órgão inadmitiu o *habeas corpus* impetrado, mas concedeu a ordem de ofício por considerar que a proibição do aborto no primeiro trimestre da gravidez

seria inconstitucional por violar direitos fundamentais da mulher e o princípio da proporcionalidade¹³.

O acórdão no referido HC foi proferido em sede de controle difuso de constitucionalidade, e, portanto, constitui precedente não-vinculante em relação aos juízes e Tribunais de todo o país. No entanto, o mesmo pedido de descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação já foi encaminhado ao Pleno da Suprema Corte em sede de controle concentrado na ADPF 442, ainda pendente de julgamento (FERNANDES; MARTINELLI, 2019, p. 1-3). Se o entendimento da 1ª Turma for mantido pelo colegiado, ter-se-á a descriminalização judicial do aborto voluntário no Brasil, ficando todos os juízes e Tribunais do país obrigados a acatar essa posição e afastar a incidência dos artigos do Código Penal em sentido contrário.

Também aqui, houve *backlash* parlamentar contra a decisão: no Congresso, líderes das bancadas católica e evangélica assinaram nota na qual denunciaram o desprezo do STF pela “inviolabilidade do direito à vida”¹⁴ (MACHADO, 2017). O presidente da Câmara, Rodrigo Maia, determinou a criação de uma comissão legislativa para rever a decisão judicial, salientando que pretendia adotar essa medida toda vez que o STF resolvesse “legislar no lugar do parlamento” (CALGARO, 2016, p. 1).

Assim sendo, este trabalho se propõe agora a analisar a constitucionalidade da tipificação penal do aborto como está posta atualmente no Brasil, a partir da fundamentação desenvolvida pelo acórdão da 1ª Turma do STF.

5.2.1 Ofensa à autonomia da mulher

O raciocínio do voto de Barroso pode ser dividido em duas fases. Na primeira, o ministro demonstra que a criminalização do aborto ofende vários direitos fundamentais da mulher; na segunda, argumenta-se que o sacrifício ou a restrição de tais direitos se

¹³ Para Alexy (2015, p. 117), a proporcionalidade não é um princípio, e sim uma máxima.

¹⁴ Acerca do debate sobre o aborto nos Estados Unidos, Ronald Dworkin (2003, p. 141-142) relata que muitos dos críticos mais sofisticados de *Roe vs. Wade* não atacam aquela decisão pelo prisma moral; não alegam a princípio que a opinião do Tribunal tenha sido equivocada, mas antes que não lhe cabia tomar essa decisão, pois a Constituição atribuiria somente às Assembleias estaduais democraticamente eleitas o poder de decidir se e em quais ocasiões o aborto pode ser permitido. Trata-se de um aspecto bastante similar ao que ocorre no Brasil, onde boa parte da discussão jurídica sobre o aborto igualmente gira em torno da possibilidade ou não de o Judiciário imiscuir-se na opção legislativa a respeito do assunto.

mostra desproporcional em face da proteção a um feto ainda não dotado de sistema nervoso, na linha do que restou decidido por vários Tribunais no direito comparado:

Torna-se importante aqui uma breve anotação sobre o status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno.

Não há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a se protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mãe. Esta premissa, factualmente incontestável, está subjacente às ideias que se seguem.

[...]

Tal como a Suprema Corte dos EUA declarou no caso *Roe v. Wade*, o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental da mulher realizar um aborto. No mesmo sentido, a decisão da Corte Suprema de Justiça do Canadá, que declarou a inconstitucionalidade de artigo do Código Penal que criminalizava o aborto no país, por violação à proporcionalidade. De acordo com a Corte canadense, ao impedir que a mulher tome a decisão de interromper a gravidez em todas as suas etapas, o Legislativo teria falhado em estabelecer um *standard* capaz de equilibrar, de forma justa, os interesses do feto e os direitos da mulher. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante a fase inicial da gestação como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

Nada obstante isso, para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre (BRASIL, 2016d).

Daniel Sarmiento (2005, p. 59) relata que a Constituição não tratou especificamente do aborto, seja para autorizá-lo ou para proibi-lo. Para ele, contudo, isto

não significa que o tema da interrupção voluntária da gravidez seja um “indiferente constitucional”, na medida em que envolve princípios e valores de máxima importância na Carta Magna.

Nessa esteira, Barroso (BRASIL, 2016d) elenca quatro direitos fundamentais da mulher afetados pela proibição do aborto: I - a autonomia; II - a integridade física e psíquica; III - os direitos sexuais e reprodutivos; IV - a igualdade de gênero. O ministro ainda acrescenta a tais violações o fato de que a legislação vigente produz discriminação social e impacta desproporcionalmente as mulheres pobres.

Assiste razão a Barroso no tocante à autonomia (um dos elementos essenciais à dignidade da pessoa humana, como já relatado anteriormente no presente trabalho), pois a gestante que deseja abortar se vê privada da possibilidade de fazer uma de suas escolhas existenciais e de tomar uma decisão moral própria a respeito do rumo de sua vida¹⁵:

Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida? (BRASIL, 2016d).

Saliente-se, no entanto, que a constatação de um prejuízo causado à dignidade da pessoa humana pela criminalização do aborto não necessariamente deve conduzir à inconstitucionalidade dessa última, uma vez que no polo oposto também há o direito constitucional do feto à vida; e também seria possível invocar aquele mesmo princípio da dignidade humana em defesa do embrião, caso se entenda que nele já existe vida humana. Para Cass Sunstein (1994, p. 1747), seria desejável que os juízes que almejassem decidir favoravelmente ao aborto nos Tribunais o fizessem de modo a não contrariar a crença de que o feto é um ser humano, demonstrando assim respeito em relação às convicções mais profundas dos litigantes “pró-vida” e evitando um antagonismo desnecessário para com estes.

¹⁵ Neste sentido, concordamos com Dworkin (2003, p. 223).

Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida. A nós, nos parece que, no feto, já existe vida humana. Demais, numa época em que há muitos recursos para evitar a gravidez, parece injustificável a interrupção da vida intrauterina que não se evitou (SILVA, 2014, p. 205).

Barroso também acerta ao apontar a ofensa à integridade física e psíquica da mulher, uma vez que a gravidez traz consigo certas transformações e riscos para o corpo da gestante, efeitos esses que também atingem a sua esfera mental. Esse elemento, contudo, deve ser considerado de forma entrelaçada à questão da autonomia, uma vez que, como reconhece o próprio ministro, as transformações em questão poderiam ser recebidas de bom grado acaso não se tratasse de uma gestação indesejada:

A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma (BRASIL, 2016d).

No que toca à violação aos direitos sexuais e reprodutivos, por sua vez, é necessária outra ressalva em sentido parecido. Conquanto a referida espécie de direitos fundamentais possa ser reconhecida pelo ordenamento jurídico nacional, visto que o art. 5º, § 2º da CF permite a incorporação de outros direitos que nela não estejam previstos, tem-se que no caso concreto os direitos sexuais e reprodutivos da mulher se confundem com o seu direito de autonomia. Defender os direitos sexuais e reprodutivos de alguém é, em última instância, o seu direito de fazer escolhas sobre sua vida sexual e reprodução; dessa forma, faz mais sentido considerar todos esses direitos como pertencentes a uma única órbita, qual seja, a da autonomia.

Continuando, Barroso aponta ainda uma ofensa à igualdade de gênero insculpida no art. 5º, I da CF, decorrente do fato de a proibição do aborto atingir homens e mulheres de forma desigual:

Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for

reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. A propósito, como bem observou o Ministro Carlos Ayres Britto, valendo-se de frase histórica do movimento feminista, “se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta” (BRASIL, 2016d).

Trata-se aqui, no entanto, de um mero argumento de reforço, conforme Bruno Sacramento (2018, p. 32), uma vez que “para nós não ficou absolutamente claro em que medida a norma penal poderia violar o princípio da igualdade pelo fato de que os homens não engravidam, tendo em vista que nesse caso não poderia tratar igualmente situações absolutamente diferentes”. É de se dizer: se homens e mulheres engravidassem, e apenas a um dos gêneros fosse facultado abortar, então aí sim haveria ofensa à igualdade. Mas justamente porque os homens não engravidam é que não se pode tachar de discriminatória a proibição do aborto. A desigualdade em questão advém da natureza, e não da lei.

Mais adiante, deve ser também afastado o argumento de Barroso referente ao impacto desproporcional da criminalização do aborto sobre as mulheres pobres. Isso não significa que o ministro esteja equivocado quanto ao mérito da alegação; de fato, as mulheres pobres são as mais prejudicadas pela proibição do aborto, na medida em que, na impossibilidade legal de serem assistidas pelo sistema público de saúde, e sem condições financeiras de procurar as clínicas clandestinas que, malgrado funcionem à margem da lei, são dotadas de uma infraestrutura médica adequada para realizar abortos, as mulheres mais carentes muitas vezes acabam por recorrer a clínicas mais baratas com pouca ou nenhuma infraestrutura para o procedimento, que lhes oferecem altos riscos de lesões e óbito. Mas estas são considerações que extrapolam o código jurídico e adentram a seara do código político (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 27-85).

Conquanto os juristas devam estar atentos aos efeitos de leis que, embora isonômicas em sua superfície, venham a produzir impactos desproporcionais sobre determinados grupos sociais, como alerta Robin West (1997, p. 7), a verdade é que não se pode afastar a aplicação de uma lei em sede judicial com base em argumentos dessa estirpe, posto que invitam os juízes a imiscuir-se numa esfera de natureza política cuja análise é reservada ao Legislativo.

Fazendo um apanhado, portanto, tem-se que os referidos direitos fundamentais da mulher ameaçados pela criminalização do aborto podem ser reunidos sob a égide da autonomia, a qual, ressalte-se novamente, está relacionada à noção da dignidade da pessoa humana consagrada no art. 1º, III da CF.

5.2.2 O teste de proporcionalidade

Barroso (BRASIL, 2016d), então, prossegue argumentando que o sacrifício imposto à autonomia da mulher em prol da salvaguarda de um feto que ainda não completou três meses de formação “ultrapassa os limites constitucionalmente aceitáveis” à luz do teste de proporcionalidade alexiano, composto pelos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação diz respeito à aptidão da lei em questão a proteger o bem jurídico desejado e em que medida ela é capaz de fazê-lo. Neste sentido, Barroso apresenta estatísticas segundo as quais a criminalização não tem sido eficaz em reduzir o número de abortos praticados mundo afora e faz menção à decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha que descriminalizou o aborto naquele país:

Recente estudo do Guttmacher Institute e da Organização Mundial da Saúde (OMS) demonstra que a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos. Ao contrário, enquanto a taxa anual de abortos em países onde o procedimento pode ser realizado legalmente é de 34 a cada 1 mil mulheres em idade reprodutiva, nos países em que o aborto é criminalizado, a taxa sobe para 37 a cada 1 mil mulheres. E estima-se que 56 milhões de abortos voluntários tenham ocorrido por ano no mundo apenas entre 2010 e 2014.

Na verdade, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento. Trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido. Sem contar que há dificuldade em conferir efetividade à proibição, na medida em que se difundiu o uso de medicamentos para a interrupção da gestação, consumidos privadamente, sem que o Poder Público tenha meios para tomar conhecimento e impedir a sua realização.

[...]

Portanto, a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto. É preciso reconhecer, como fez o Tribunal Federal Alemão, que,

considerando “o sigilo relativo ao nascituro, sua impotência e sua dependência e ligação única com a mãe, as chances do Estado de protegê-lo serão maiores se trabalhar em conjunto com a mãe”, e não tratando a mulher que deseja abortar como uma criminosa (BRASIL, 2016d).

Novamente, contudo, em que pese sejam bastante pertinentes as dúvidas suscitadas por Barroso sobre a eficácia da proibição em coibir a prática de abortos, nota-se que a argumentação utilizada flerta com a substituição do código jurídico pelo código político.

Trata-se de uma linha de raciocínio que, embora remeta à teoria alexiana, não exatamente se coaduna com o sentido desta. Para ilustrar a diferença, é útil recorrer-se a um exemplo dado pelo próprio Robert Alexy, em visita ao Brasil para um evento promovido pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região:

Na Alemanha, para se caçar com armas, é preciso antes fazer um curso que o habilite para o porte. Porém, quem caça com falcões (prática conhecida como falcoaria) não necessitava desse curso, por obviamente não usar armas na prática.

Porém, a rivalidade entre os dois grupos é grande. Por vaidade e poder, os caçadores com armas fizeram um eficiente lobby junto ao legislativo e o resultado foi a aprovação de uma lei que obrigava todos que fosse caçar por qualquer modo a fazer o curso de habilitação. A questão chegou ao tribunal constitucional alemão.

“A corte entendeu que a exigência indiscriminada do curso não se adequa à prática de falcoaria. Não existe nenhuma razão clara e objetiva para essa restrição. A lei foi declarada inconstitucional”, disse Alexy (MARTINES, 2016, p. 2).

Perceba-se, pois, que o subprincípio da adequação diz respeito apenas à existência de uma correlação lógica, de sentido, entre a restrição a um direito e o fim almejado pela lei em questão. No caso dos caçadores não havia razão para se exigir a realização de um curso pelos falcoeiros, e por isso a referida lei foi declarada inconstitucional. Mas no caso do aborto essa razão existe, pois, se o que se busca é preservar a integridade do feto, é ao menos plausível enxergar a tipificação penal como um mecanismo apto a dissuadir gestantes da prática abortiva. Essa avaliação pode estar correta ou equivocada, é verdade, porém é nítido que em qualquer caso não se está a

tratar de uma medida arbitrária e desprovida de sentido como na hipótese do curso para os falcoeiros.

Assim, como na proibição do aborto não há essa ausência de sentido, diferentemente do que se observou no caso dos caçadores, aqui não cabe ao julgador rever o mérito do quanto decidido pelo legislador no que se refere à análise da adequação.

O subprincípio da necessidade, por sua vez, está relacionado à ausência de meios alternativos que possam proteger igualmente o direito ou princípio almejado e ao mesmo tempo impor uma menor restrição aos direitos sacrificados. A esse respeito, Barroso traz sugestões de outras medidas que poderiam substituir a criminalização do aborto:

Uma política alternativa à criminalização implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida. É assim, por exemplo, na Alemanha, em que a grávida que pretenda abortar deve se submeter a uma consulta de aconselhamento e a um período de reflexão prévia de três dias. Procedimentos semelhantes também são previstos em Portugal, na França e na Bélgica.

Além disso, o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar. As duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, e.g., perder oportunidades de carreira). Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, coma distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual. Logo, a tutela penal também dificilmente seria aprovada no teste da necessidade (BRASIL, 2016d).

Ao contrário do que alega o ministro, no entanto, as aludidas medidas alternativas *não* são capazes de proteger igualmente o bem jurídico hoje tutelado pelo direito penal. E, de todo modo, o mérito desta constatação é algo que pertence mais ao código político do que ao código jurídico (e, portanto, deveria ficar alheio ao controle do Judiciário).

Não se trata de pôr um “útero a serviço da sociedade”, como se a autonomia da mulher fosse retirada, mas da afirmação do direito do nascituro, desprezado pelo raciocínio exposto, sobretudo antes dos três meses de existência. Além disso, existem várias situações na vida em sociedade nas quais os cidadãos sofrem restrições em sua autonomia e seus direitos, para composição com outros direitos e interesses sociais: a imposição da lei seca para dirigir, as servidões de passagem, as restrições com relação ao rodízio de veículos em grandes metrópoles, a vedação de fumar em lugares públicos etc. A tolerância dessas situações compõe o solidarismo necessário à vida em sociedade. Quanto maior o valor do bem que se pretende proteger, proporcionalmente, maior será a tolerância exigida. E, por isso, há sanção prevista por sua inobservância. E a vida de uma pessoa é maior que uma situação de redução da autonomia de quem, circunstancialmente, deverá dar-lhe suporte com seu próprio corpo. E por isso a sociedade deve assistir especialmente a mulher gestante.

Mas isso não é apresentado como contraponto no voto do Ministro. Há uma redução proposital do campo de análise, mais afeito a um uso político do poder de império da Corte Suprema, do que o devido e primordial uso jurídico-judicial. Por isso incorre em ativismo [...] (PEREIRA JÚNIOR; ALMEIDA; MACHADO, 2020, p. 187).

Sem adentrar o mérito dos custos concernentes à implementação de políticas públicas como um todo, é de se reconhecer que elas podem ser eficazes em reduzir o número de gestações indesejadas e proporcionar um tratamento mais cordial às mulheres que se encontrarem nessa situação. Mas se mesmo assim houver uma fecundação indesejada (e elas continuarão sempre a existir), uma hipotética descriminalização do aborto invariavelmente coloca a palavra final sobre o assunto a cargo da mãe, o que em última análise deixa o feto sem uma salvaguarda jurídica absoluta; se a mãe decidir abortá-lo, ele será abortado.

Poder-se-ia objetar que isso já ocorre na prática, afinal a criminalização do aborto tem pouca eficácia social. Mas a pouca eficácia social de uma diretriz legal não significa que o mérito em si da diretriz está equivocado. Estatísticas apontam, por exemplo, que 90% dos homicídios no Brasil não são elucidados (BRUM, 2018), o que significa que a grande maioria dos crimes dessa espécie saem impunes e não são evitados nem reprimidos pela legislação penal vigente. Inobstante isso, não se cogita legalizar o homicídio no Brasil. Não porque a atual legislação esteja sendo eficaz em contê-lo, mas sim porque há um consenso social de que a vida é um direito digno de ser resguardado pelo ordenamento jurídico; da mesma forma, aqueles que se opõem à descriminalização do aborto o fazem por considerar o feto um ser vivo cuja vida há de

ser protegida pela lei, a despeito da baixa eficácia social dessa proteção. Em suma, caso se entenda que o feto possui vida e que essa vida merece ser protegida a todo custo, não se poderia descriminalizar o aborto ainda que as mulheres continuem a se submeter ao procedimento de forma clandestina. Cabe aqui, inclusive, fazer menção ao argumento outrora utilizado pelo próprio Barroso quando do julgamento sobre a vaquejada: a ineficácia social da proibição de uma conduta ilícita não constitui motivo idôneo para afastar-se a sua ilicitude.

Destarte, resta demonstrado que a tipificação penal do aborto atende aos subprincípios da adequação e da necessidade. As ponderações de Barroso em sentido contrário refletem um juízo predominantemente político sobre o assunto e alçam o Judiciário à condição de formulador de políticas públicas, substituindo-o ao Legislativo e ameaçando a separação de poderes.

Encerradas as abordagens sobre os subprincípios da adequação e necessidade, resta então inspecionar o último filtro do teste de proporcionalidade: a proporcionalidade em sentido estrito.

Passa-se agora, finalmente, à análise da proporcionalidade em sentido estrito, sendo que esta é referente ao modelo de ponderação de princípios de Robert Alexy.

Antes disso, todavia, cumpre ressaltar que só se procederá aqui a essa análise porque, diferentemente do que se verificava em outras aparentes colisões de princípios anteriormente abordadas neste trabalho, na questão do aborto não existe a possibilidade de se interpretar nenhum dos princípios em questão de forma a não conflitar com o outro: ou restringe-se a autonomia da mulher, de modo a obrigá-la a levar adiante uma gestação indesejada; ou sacrifica-se o direito do feto a ter uma vida, independentemente de qual marco seja escolhido para assinalar o início desta última. Os direitos constitucionais do feto e da mulher no caso do aborto são, portanto, mutuamente antagônicos.

Sendo assim, não há aqui alternativa senão confrontar os princípios envolvidos e utilizar a fórmula-peso para determinar se a proteção do feto pela tipificação penal do aborto justifica a restrição à autonomia da gestante.

Um acréscimo, contudo, se faz necessário: a fórmula-peso original de Alexy, expressa por $W_{i,j} = I_i / I_j$, não se mostra suficiente para proporcionar uma solução a

esse dilema, uma vez que sua formulação leva em conta apenas os princípios materiais de cada caso concreto, desconsiderando-se enquanto aspecto relevante a vontade específica do legislador em relação à matéria em questão.

Nunca é demais ressaltar que o legislador, ao contrário do Judiciário, é detentor de mandato popular. Dessa forma, quando se está diante dos chamados desacordos morais razoáveis, isto é, temas rotineiramente polêmicos e divisivos, como o aborto, a pena de morte, a eutanásia e a descriminalização de drogas leves, a ponderação de princípios realizada pelo Tribunal deve necessariamente computar ao lado dos demais elementos em jogo a vontade do povo em relação ao tema em questão, expressada por meio de seus representantes eleitos (SACRAMENTO, 2018, p. 21). Ronald Dworkin (2003, p. 167) descreve a dificuldade representada por decisões judiciais que necessitem adentrar as mencionadas polêmicas:

Será controverso, por exemplo, saber se a liberdade de expressão significa que as pessoas devem ser livres para publicar ou consumir pornografia. Ou se o direito a abortar é, de fato, uma liberdade básica, essencial para uma sociedade verdadeiramente livre. Ou se um governo municipal que reserva uma porcentagem dos contratos de construção para empresas de proprietários negros está tratando todos os seus moradores com igual consideração. Os cidadãos irão dividir-se: uma maioria, que deseja declarar a pornografia ilegal, proibir o aborto ou reservar contratos de construção para empresas de proprietários negros, irá negar que esteja violando a liberdade ou rejeitando a igual consideração, e uma minoria ressentida irá mostrar-se em desacordo. O Supremo Tribunal terá de decidir, o que significa que os juizes deverão responder a questões difíceis e profundas de moral política que os filósofos, estadistas e cidadãos já vêm debatendo há séculos, sem chegar a uma perspectiva de consenso.

No caso do aborto, a vontade do povo se manifesta tanto na norma penal que proíbe a prática quanto na existência de um acordo entre os constituintes de 1988 para que a matéria não fosse regulada em sede constitucional e ficasse inteiramente a cargo da legislação ordinária (FERNANDES; MARTINELLI, 2019, p. 1-2).

Em situações como essa, onde é possível saber claramente quais eram as intenções do constituinte originário sobre o assunto, o “cálculo” a ser feito para se decidir pela inconstitucionalidade ou não da norma em questão deve obrigatoriamente incluir não apenas os princípios materiais envolvidos no caso concreto, mas também princípios formais como a segurança jurídica e a separação de poderes:

Um estatuto não se vê automaticamente derogado quando um princípio material em contrário possui maior peso do que o princípio material subjacente ao próprio estatuto no caso concreto. Uma decisão *contra legem*, como a incorporação de uma exceção à lei quando se está a decidir um caso em particular, requer que o princípio material em contrário tenha um maior peso que o do princípio material subjacente à lei combinado com princípios formais como a segurança jurídica, a democracia e a separação de poderes, os quais demandam que seja respeitado o que se delibera com autoridade para tanto (ALEXY, 2014, p. 517-518) (*tradução do autor*).

Nessa esteira, portanto, o ônus argumentativo necessário para se tomar uma decisão contrária aos desígnios do legislador constituinte é substancialmente maior do que seria caso não se soubesse quais eram suas reais intenções a respeito da matéria.

A fim de racionalizar esse elemento, quase trinta anos após a formulação original de sua teoria dos princípios, Alexy atualizou a fórmula-peso de modo a elaborar sua versão completa e refinada: $W_{i,j} = W_i \cdot I_i \cdot R_i / W_j \cdot I_j \cdot R_j$. O novo componente R é determinado pela equação de confiabilidade: $R_i = R^e_i \cdot R^n_i$, onde as variáveis R^e e R^n representam a confiabilidade epistêmica das premissas empíricas (e) e normativas (n) aplicáveis a cada caso concreto.

*I_i e I_j, e também W_i e W_j, correspondem à dimensão material da ponderação. R_i e R_j têm um caráter completamente diferente. Se referem à confiabilidade dos pressupostos empíricos e normativos, com respeito a, antes de tudo, a questão sobre quão intensa é a intervenção em P_i, e quão intensa seria a intervenção em P_j caso a intervenção em P_i fosse omitida [...]. O ponto decisivo é que a confiabilidade é um fator que se refere às coisas, em nosso caso a intensidade da intervenção e os pesos abstratos, isto é, não é um fator ôntico. Ao revés, é um fator referente ao conhecimento das coisas. Isto quer dizer que é um fator epistêmico [...] (ALEXY, 2014, p. 513-514) (*tradução do autor*).*

Dessa forma, tem-se que as premissas empíricas se referem ao nível de certeza do conhecimento humano acerca de fatos (ex: saber em que momento se inicia a vida), ao passo que as premissas normativas dizem respeito ao nível que se tem de certeza sobre o grau das intervenções que os princípios em colisão ocasionam uns nos outros (ex: saber se a intervenção causada na dignidade da mulher pela proibição do aborto é tamanha a ponto de tornar inconstitucional a norma repressiva). Nesse sentido, o alto ou

baixo grau de confiabilidade das premissas a serem adotadas repercute na atribuição do valor matemático dos divisores e dividendos da fórmula-peso:

Uma fórmula como a do peso, que expressa o quociente de dois produtos, só é sensata se todos os fatores podem ser representados por números [...]. Em outra ocasião, propus uma escala discreta [...]. Esta escala atribui os níveis “leve”, “moderado” e “sério” à intensidade da intervenção e aos pesos abstratos. Estes valores são expressados pelas cifras 2^0 , 2^1 e 2^2 , isto é, 1, 2, e 4. Onde o fator epistêmico está relacionado com R_i e R_j , ou, na versão refinada da fórmula-peso, R^e_i e R^n_i , assim como R^e_j e R^n_j , pode-se trabalhar com os cenários de “confiabilidade” ou “certeza” (f), “plausibilidade” (p), e “não evidentemente falso” (e), aos quais se aplicam as cifras 2^0 , 2^{-1} , e 2^{-2} , isto é, 1, $\frac{1}{2}$ e $\frac{1}{4}$. Se os valores epistêmicos são iguais ou maiores que 1, os valores materiais permanecem intactos. Se os valores epistêmicos são menores que 1, o impacto dos valores materiais ou substanciais se reduz como consequência [...] (ALEXY, 2014, p. 515) (*tradução do autor*).

Isto posto, percebe-se que na decisão da 1ª Turma do STF sobre o aborto o conflito principal foi estabelecido entre os princípios constitucionais que resguardam a vida do nascituro (art. 5º) e a dignidade humana da mulher (art. 1º, III). O teste de proporcionalidade em sentido estrito foi então realizado buscando-se verificar se as restrições aos direitos fundamentais da mulher seriam ou não compensadas pelo direito à vida do feto:

Assim, considerou-se que a criminalização do aborto “produz um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres”. Portanto, grau de intensidade da interferência com P_i [...] elevado ou sério ($I_i = 4$).

Entendeu-se, por outro lado, que “o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto”. A norma repressiva penal poderia ser considerada constitucional quando o feto já esteja mais desenvolvido, a partir dos três meses de gestação. Diante disso, pode-se inferir que, após o primeiro trimestre, foi avaliado que o grau de importância de satisfazer o direito a vida é elevado, do que se conclui que até o primeiro trimestre, o grau de importância da satisfação de P_j [...] seria médio ou moderado ($I_j = 2$).

Com base nos termos da decisão, pode-se entender ainda que o peso abstrato de ambos os princípios em colisão foi considerado elevado (W_i e $W_j = 4$). Tendo em vista que possuem o mesmo valor, eles se neutralizam e poderiam até ser desconsiderados (SACRAMENTO, 2018, p. 19).

A julgar pelo mérito da decisão, pode-se inferir que a ponderação realizada considerou os seguintes valores na fórmula-peso: $W_{i,j} = W_i \cdot I_i / W_j \cdot I_j = 4.4 / 4.2 = 2$. O resultado superior a 1 significa que prevaleceu a autonomia da mulher em face da vida do nascituro nas circunstâncias de uma geração até os três meses, acarretando a inconstitucionalidade da norma penal incriminadora. A decisão, portanto, aplicou a fórmula-peso em sua versão básica, que não leva em conta as variáveis epistêmicas (SACRAMENTO, 2018, p. 20).

Ora, em se tratando de um desacordo moral razoável sobre o qual se conhece a posição do legislador constituinte originário, o mais correto seria proceder-se à referida ponderação nos moldes da fórmula-peso completa e refinada, a fim de que seja também inserido no cálculo o fator epistêmico: $W_{i,j} = W_i \cdot I_i \cdot R_i / W_j \cdot I_j \cdot R_j$. Isto posto, seguem as considerações de Sacramento (2018, p. 20):

Em primeiro lugar, julga-se que a questão envolvendo a confiabilidade nas premissas empíricas não possui qualquer papel na solução do caso, razão pela qual não há razão para incluir a variável R^e .

O mesmo não se pode afirmar sobre a confiabilidade nas premissas normativas. Sobre a dignidade da pessoa humana (da qual foi retirado o princípio da autonomia da mulher), no que refere às suas consequências normativas na discussão do aborto, como se viu, há uma grande divergência. Embora seja possível considerar que a criminalização do aborto implica uma elevada interferência com esse princípio, sem dúvida essa não é uma premissa que pode ser considerada como certa. Desse modo, na ponderação de segunda ordem entre esse princípio material e o princípio formal, há precedência deste último, do que resulta a necessidade de incluir na fórmula do peso a variável R^n . Pode-se julgar, então, que seja uma premissa plausível ($R^n = 1/2$).

No que se refere ao outro princípio em colisão, há grande divergência se o direito à vida realmente confere uma proteção jurídica plena ou ampla ao nascituro, ou seja, do mesmo modo que confere aos nascidos, dependendo das concepções filosóficas ou religiosas a respeito da vida. Parece haver consenso, entretanto, de que garante ao menos uma proteção moderada. Como a decisão levou em conta o nível de proteção consensual, há precedência do princípio material na ponderação de segunda ordem, devendo-se considerar o cenário epistêmico-normativo como certo ($R^n = 1$).

Os referidos elementos levam ao seguinte resultado matemático: $W_{i,j} = W_i \cdot I_i \cdot R_i / W_j \cdot I_j \cdot R_j = 4.4 \cdot 1/2 / 4.2 \cdot 1 = 1$. “Como se vê, a aplicação da variável R permitiu a diminuição da importância do princípio com menor convergência e segurança normativa,

implicando um resultado igual a 1” (SACRAMENTO, 2018, p. 20), isto é, um empate entre os dois princípios.

A predominância final no conflito de princípios, portanto, caberá à vida. Isso se deve ao já mencionado postulado da nova teoria de princípios de Alexy segundo o qual, para além de se considerar o elemento epistêmico na fórmula-peso por meio da variável *R*. E, conforme previsto anteriormente já na teoria clássica, deve-se reconhecer a prevalência da discricionariedade do legislador nos casos de empate, onde o quociente entre os princípios for igual a 1. É a chamada discricionariedade epistêmica, que dá à opção legislativa a prevalência nos *Pattfälle*.

Anote-se ainda que a referida decisão foi contrária à moral de *South Park*. O seriado não mede esforços para ironizar e satirizar a prática do aborto, ora como uma “trapaça contra aquela criatura na barriga”, ora como a “sucção de uma alma viva”, sem deixar de lado a crítica embutida na fala da sra. Cartman: “Eu deveria ter pensado em criar uma criança antes de transar”. Para Brian Anderson (2005, p. 159-162), a ridicularização do extremismo pró-escolha em *South Park* é um arquétipo de veia conservadora exibida de tempos em tempos pelo seriado.

O voto vencedor de Barroso, por outro lado, reflete uma visão progressista da sociedade e trata o aborto como uma problemática social que deve ser encarada com toda a seriedade, além de em última instância decidir favoravelmente à prática.

Por derradeiro, tem-se que a 1ª Turma do STF errou ao considerar inconstitucional o crime de aborto no Brasil. A decisão pecou por ponderar de maneira inadequada os princípios constitucionais aplicáveis ao caso, com destaque para a não apreciação dos fatores referentes à confiabilidade epistêmica. Essa análise não poderia ter sido relegada quando da tomada de uma decisão *contra legem* e que vai de encontro às intenções do legislador constituinte, perturbando-se assim a separação de poderes. Conclui-se que o politicamente correto aparentemente impeliu o órgão a abandonar a deferência ao legislador com mandato popular em prol de uma medida tida como emancipatória em relação a um grupo social minoritário, no caso as mulheres.

6 CONCLUSÕES

Pelo tudo quanto exposto acima, encerra-se a presente dissertação com as seguintes conclusões:

1. A decisão liminar do juiz federal Waldemar Cláudio de Carvalho na Ação Popular 101189-79.2017.4.01.3400, no afã de assegurar aos autores o pleno exercício do direito

constitucional à liberdade científica, pecou por abrir uma brecha a um resguardo insuficiente do direito igualmente constitucional à não-discriminação, visto que, ainda que de forma implícita, dava margem ao entendimento de que a homossexualidade é um desvio que possa ser tratado por psicólogos a pedido dos pacientes, o que por sua vez constitui um perigo da modalidade “*bad tendency*” que reforçaria estigmas pré-existentes em relação à população LGBT. Essa decisão deu as costas ao politicamente correto ao relegar a (necessária) proteção a um grupo social minoritário.

2. A sentença de mérito exarada na referida ação, todavia, corrigiu o erro da liminar ao afastar expressamente a permissão para terapias de reorientação sexual, limitando a atuação dos psicólogos ao tratamento da egodistonia, isto é, da angústia que acomete o paciente em função da própria orientação sexual, sendo esta a alternativa que melhor balanceia os princípios constitucionais da liberdade científica e da não-discriminação à luz do modelo de ponderação de princípios de Alexy. A sentença rezou pela cartilha do politicamente correto ao ceder ao *backlash* social para enfim resguardar formal e substancialmente o direito dos homossexuais a não serem discriminados.

3. O Supremo Tribunal Federal cometeu múltiplos erros no julgamento do caso Ellwanger. Primeiramente, não havia justa causa para a propositura de ação penal contra o réu já na origem, posto que sua conduta não era criminalizada pela Lei Caó à época dos fatos; em segundo lugar, a discriminação contra judeus no Brasil não pode ser equiparada a racismo, devido à ausência de um contexto histórico específico de perseguição a esse grupo; e, finalmente, mesmo que tais óbices não existissem, não se poderia aplicar em prejuízo do réu um entendimento jurisprudencial sem amparo na lei positivada e que não era sedimentado até o julgamento em questão. Neste sentido, a decisão do STF ao que tudo indica foi motivada pelo intento politicamente correto de desestimular de modo geral a intolerância na sociedade brasileira.

4. O STF também se equivocou ao criminalizar a homofobia no Brasil. Não obstante a Constituição imponha ao Congresso Nacional o dever de legislar na esfera criminal para coibir as discriminações a direitos fundamentais, entre as quais se incluem a homofobia

e transfobia, não cabia ao Judiciário atropelar o Legislativo para elaborar ele próprio a norma faltante, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da legalidade penal. A Suprema Corte haveria de ter buscado a satisfação desse objetivo por outras vias, tais como a imposição de condenações à União na esfera cível como meio de pressionar o Congresso a cumprir com aquele dever. Trata-se de outra decisão que subverteu a correta aplicação do direito em prol do politicamente correto.

5. O STF acertou em 2016 ao declarar inconstitucional a vaquejada no Brasil, visto que a prática ofende o dispositivo constitucional que protege o bem-estar dos animais, muito embora o Congresso Nacional tenha posteriormente inserido na Constituição uma cláusula que exclui da abrangência daquele dispositivo as vaquejadas e rodeios. Embora acertada, a decisão aparenta ter sido influenciada pela mentalidade politicamente correta devido a terem os votos vencedores manifestado adesão à ideia de uma matriz biocêntrica do direito, a qual valoriza os direitos de um grupo social minoritário, no caso os animais.

6. A decisão liminar da juíza substituta Caroline Santos Lima no Processo nº 0718852021.2017.8.07.0016 foi equivocada por não ter dado aos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade uma interpretação não colidente com o princípio da livre iniciativa, numa situação em que isso se afigurava possível. À parte da hipótese de objetificação da mulher, que não seria admitida pela Constituição, há outros fatores que tornam justificável a cobrança diferenciada entre os gêneros para ingresso em estabelecimentos do setor de lazer. Essa decisão foi motivada pela noção politicamente correta do empoderamento feminino, conforme exposto pela magistrada em sua fundamentação.

7. A 1ª Turma do STF errou ao considerar inconstitucional o crime de aborto consentido no Brasil, pois, em se tratando de um desacordo moral razoável, isto é, uma questão que envolve um tema rotineiramente divisivo e polêmico na sociedade, a ponderação realizada pelo julgador entre os princípios constitucionais da vida e da igualdade haveria de ter levado em conta a discricionariedade epistêmica do legislador, a qual, no caso

brasileiro, foi contrária ao aborto. Decisão em grande parte impulsionada pelo ímpeto politicamente correto dos ministros em dar um passo adiante nos direitos da mulher na sociedade brasileira.

Desta forma, ao fim deste trabalho, é possível constatar que a Justiça brasileira **não** vem tomando as decisões mais acertadas e ponderadas nos casos relacionados aos controversos temas retratados em *South Park*. A maioria dos exemplos trabalhados acima evidencia que o politicamente correto frequentemente influencia o resultado dos veredictos.

Ultrapassando-se a análise somente numérica, notou-se ainda que boa parte dos erros constatados acima foram motivados pela mentalidade politicamente correta dos julgadores. A Suprema Corte, em particular, vem tomando decisões que afrontam princípios basilares do direito, em especial a separação de poderes, no intuito de proteger a todo custo os direitos/interesses de grupos e indivíduos tidos como oprimidos pela sociedade. Tais decisões refletem a substituição do código jurídico pelo código político e contribuem para a transmutação do STF numa corte política *de facto*.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Lilian. **Ações afirmativas minimizam efeitos do preconceito racial**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 26 jun. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-26/lilian-aguiar-acoes-afirmativas-minimizam-efeitos-preconceito-racial>. Acesso em: 6 nov. 2019.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional

como teoria da justificação jurídica. Tradução: Zilda Jutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMÂNCIO, Thiago. **Contrários a qualquer tipo de aborto no Brasil atingem 41%**. Folha de S. Paulo, São Paulo, 10 jan. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/ainda-minoria-contrarios-a-qualquer-tipo-de-aborto-no-brasil-atingem-41.shtml>. Acesso em: 4 jul. 2020.

ANDERSON, Brian C. **South Park Conservatives: The revolt against liberal media bias**. Washington: Regnery, 2005.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. FIGUEIREDO, Raquel El-Bachá. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal e os possíveis limites na formação dos precedentes penais. **Revista Thesis Juris - RTJ**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 53-72, jan./jun. 2020.

ARGUELHES, Diego Werneck. FALCÃO, Joaquim. PEREIRA, Thomaz. A Crise Política e a Denúncia. In: ARGUELHES, Diego Werneck. FALCÃO, Joaquim. PEREIRA, Thomaz (Coords.). **Impeachment de Dilma Rousseff: entre o Congresso e o Supremo**. Belo Horizonte: Livramento, 2017, p. 19-20.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A não-discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais - LGBT. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília v. 47, n. 186, p. 89-106, abr/jun. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198675/000888820.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BARRETO, Renata. **Desigualdade salarial entre homens e mulheres: quem está certo?** Infomoney, São Paulo, 29 ago. 2018. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/colunistas/economia-com-renata-barreto/desigualdade-salarial-entre-homens-e-mulheres-quem-esta-certo/>. Acesso em: 4 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação** (versão provisória para debate público). Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro, 11 dez. 2010. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 4 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECKER, Matt. "I Hate Hippies": *South Park* and the politics of generation X. In:

WEINSTOCK, Jeffrey Andrew (Org.). **Taking South Park Seriously**. Nova York: University of New York Press, 2008, p. 145-164.

BEHNKE, Emilly. BILÓ, Gabriela. **Bolsonaro diz a apoiadores que, enquanto for presidente, “não haverá aborto”**. Estadão, Brasília, 23 abr. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-diz-a-apoiadores-que-enquanto-for-presidente-nao-havera-aborto,70003280066>. Acesso em: 4 jul. 2020.

BERTA, Ruben. MARQUES, George. **Autora da ação da “cura gay” tem cargo em gabinete de deputado evangélico**. The Intercept Brasil, Rio de Janeiro, 19 set. 2017. Disponível em: <https://theintercept.com/2017/09/19/autora-da-acao-da-cura-gay-tem-cargo-em-gabinete-de-deputado-evangelico/>. Acesso em: 6 nov. 19.

BITTENCOURT, Julinho. **Juiz da cura gay solta nota sobre sua decisão**. Revista Fórum, Santos, 22 set. 2017. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/brasil/juiz-da-cura-gay-solta-nota-sobre-sua-decisao/>. Acesso em: 7 nov. 2019.

BORK, Robert. **The great debate**. The Federalist Society, Washington, 18 nov. 1985. Disponível em: <https://fedsoc.org/commentary/publications/the-great-debate-judge-robert-h-bork-november-18-1985>. Acesso em: 4 out. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1988 [recurso eletrônico]**. – Brasília: Edições Câmara, 2013. Disponível em: https://www.sinesp.org.br/images/A_CONSTRU%C3%87%C3%83O_DO_ARTIGO_5%C2%BA_DA_CONSTITUI%C3%87%C3%83O_FEDERAL_198.pdf. Acesso em: 1 dez. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília, DF, 1989. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019%20A.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional 96**, de 6 de junho de 2017. Brasília, DF, 6 jun. 2017b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto 5.903**, de 20 setembro de 2006. Regulamenta a Lei 10.962, de 11 de outubro de 2004, e a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF, 20 set. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5903.htm. Acesso em: 4 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 1.390**, de 3 de julho de 1951. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de côr. Rio de Janeiro, RJ, 3 jul. 1951. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1390.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF, 5 jan. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 11 set. 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 4 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 8.081**, de 21 de setembro de 1990. Estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza. Brasília, DF, 21 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8081.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF, 4 jul. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8081.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Violência LGTBfóbica no Brasil: dados da violência**. Elaboração de Marcos Vinicius Moura Silva. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em: https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/bitstream/192/447/2/MDH_violencia_2018.pdf. Acesso em: 1 dez. 2020.

BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. **Nota Técnica nº 2/2017**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017d. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/diferenciacao-de-precos-em-funcao-de-genero-e-ilegal/nota-tecnica-2-2017.pdf/view>. Acesso em: 4 out. 2020.

BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. **Nota Técnica nº 11/2019**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019c. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/11-2019.pdf>. Acesso em: 4 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE**. Autor: Procurador-Geral da República. Réus: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, j. 06/10/2016c, DJe 27/04/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>. Acesso em: 5 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE**. Autor: Procurador-Geral da República. Réus: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, j. 06/10/2016c, DJe 27/04/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>. Acesso em: 5 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF**. Autor: Partido Popular Socialista - PPS. Réus: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello, j. 13/06/2019b, DJe 06/10/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26ementaassinada.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF**. Autor: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Réu: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, j. 09/04/2012, DJe 12/04/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 12/12/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Autor: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Réus: Tribunais de Justiça dos Estados e outros. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, j. 05/05/2011b, DJe 14/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101/DF**. Autor: Presidente da República. Réus: Presidente do Supremo Tribunal Federal e outros. Relatora: Min. Cármen Lúcia, j. 24/06/2009, DJe 04/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306/RJ**. Primeira Turma. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, j. 29/11/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 7 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Tribunal Pleno. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 107/DF**. Tribunal Pleno. Autor: José Emídio Teixeira Lima. Réu: Presidente da República. Relator: Min.

Moreira Alves, j. 21/11/1990a, DJ 02/08/1991. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752372/mandado-de-injuncao-mi-107-df/inteiro-teor-100468563>. Acesso em: 5 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 283/DF**. Tribunal Pleno. Autores: Alfredo Ribeiro Daudt e Wilson Afonso K. Santos. Réus: União e Congresso Nacional. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 14/04/2016b, DJ 11/10/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828384>. Acesso em: 5 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670/ES**. Tribunal Pleno. Autor: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL. Réu: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007a, DJe 30/10/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em: 25 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 712/PA**. Tribunal Pleno. Autor: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará. Réu: Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau, j. 25/10/2007b, DJe 31/10/2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>. Acesso em: 5 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4.733/DF**. Tribunal Pleno. Autor: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT. Réu: Congresso Nacional. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/06/2019a, DJe 31/10/2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>. Acesso em: 5 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.127/DF**. Tribunal Pleno. Impetrante: Weverton Rocha Marques de Sousa. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 20/03/1991, DJe 14/11/1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828384>. Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.193/DF**. Tribunal Pleno. Impetrante: Presidente da República. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 11/05/2016a. Decisão monocrática. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ms-34193-teori-nega-suspensao.pdf>. Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.017/DF**. Autor: Associação Nacional dos Procuradores

Federais - ANPAF. Réu: Congresso Nacional. Presidente: Min. Joaquim Barbosa, j. 17/07/2013, DJe 01/08/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=158713747&ext=.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 106.481/MS**. 1ª Turma. Recorrente: Defensoria Pública da União. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Min. Cármen Lúcia, DJ 03/03/2011a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619969>. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF, 1980. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Juizado Especial Cível de Brasília/DF. **Processo nº 0718852021.2017.8.07.0016**. Autor: Roberto Casali Junior. Réu: R2 Produções. Decisão Interlocutória. Juíza prolatora: Caroline Santos Lima, j. 06/06/2017c.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. **Ação Popular nº 101189-79.2017.4.01.3400**. Autores: Rozangela Alves Justino e outros. Réu: Conselho Federal de Psicologia. Decisão Interlocutória. Juiz prolator: Waldemar Cláudio de Carvalho, j. 15/09/2017a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-cura-gay.pdf>. Acesso em: 15/11/2020.

BREST, Paul. The misconceived quest for the original understanding. **Boston University Law Review**, Boston, v. 60, p. 135-147, 1980. Disponível em: http://fs2.american.edu/dfagel/www/Class%20Readings/ALCReadings/Brest_MisconceivedQuest.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55-113.

BRITTO, Livaldo. A evolução da Lei Caó. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, Salvador, p. 17-18, nov. 2019.

BRUM, Maurício. **Brasil não soluciona nem 10% dos seus homicídios**. Gazeta do Povo, Curitiba, 17 set. 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/brasil-nao-soluciona-nem-10-dos-seus-homicidios-d726kw8ykpwh6xm41zakgzoue/>. Acesso em: 4 jul. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 8. ed., rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao Alcance de Todos**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CABALLERO, Noel. **Legalizada, rinhas de galo são negócio milionário na Tailândia**. UOL, São Paulo, 21 set. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2019/09/21/legalizada-rinhas-de-galo-sao-negocio-milionario-na-tailandia.htm>. Acesso em: 4 jul. 2020.

CALGARO, Fernanda. **Maia cria comissão para rever decisão do STF sobre aborto**. G1, Brasília, 30 nov. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/maia-cria-comissao-para-rever-decisao-do-stf-sobre-aborto.html>. Acesso em: 3 out. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Atualidades do controle judicial da omissão legislativa inconstitucional. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 8, n. 42, p. 47-83, nov.-dez. 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/1963/1067>. Acesso em: 10 jan. 2020.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio; PANSIERI, Flávio. **Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 21 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 10 jan. 2020

COELHO, Gabriela. **Supremo aprova equiparação de homofobia a crime de racismo**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-13/stf-reconhece-criminalizacao-homofobia-lei-racismo>. Acesso em: 10 jan. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução nº 01/99**, de 22 de março de 1999. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf. Acesso em: 4 fev. 2021.

CORDEIRO, Tiago. **Os verdadeiros números sobre a morte de LGBTs no Brasil**. Gazeta do Povo, Curitiba, 1 mar. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/os-verdadeiros-numeros-sobre-a-morte-de-lgbts-no-brasil-95bmcp4302gyjdozpjmiuhyl/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

COSTA, Luís. **Em julgamento histórico, Supremo condenou negacionista do Holocausto**. Folha de S. Paulo. Disponível em: <http://temas.folha.uol.com.br/liberdade-de-opiniao-x-discurso-de-odio/o-que-diz-a-lei/em-julgamento-historico-supremo-condenou-negacionista-do-holocausto.shtml>. Acesso em: 3 dez. 2019.

DIAS, Edna Cardozo. **Os animais como sujeitos de direito**. Jus.com.br, Teresina, dez. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7667/os-animais-como-sujeitos-de-direito>. Acesso em: 19 dez. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DULLEY, Carolina. **Eduardo Cunha se declara oposição ao governo**. G1, Brasília, 17 jul. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/07/eduardo-cunha-se-declara-oposicao-ao-governo.html>. Acesso em: 13 nov. 2019.

DUNKER, Christian. QUINALHA, Renan. **A homofobia dos magistrados**. Revista Cult, São Paulo, 20 set. 2017. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/a-homofobia-dos-magistrados/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GALVÃO, Vinícius Queiroz. **Psicóloga que diz "curar" gay vai a julgamento em conselho**. Folha de São Paulo, São Paulo, 14 jul. 2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1407200913.htm>. Acesso em: 7 nov. 2019.

GOLDING, Martin. **Filosofia e Teoria do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

GORDON, Flávio. **A Corrupção da Inteligência: intelectuais e poder no Brasil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.

JONES, Cynthia. Cute and Cuddly Animals versus Yummy Animals. *In*: ARP, Robert. DECKER, Kevin S (Orgs.). **The Ultimate South Park and Philosophy: respect my philosophah!** Chichester: John Wiley & Sons, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed., rev., ampl. e atual.. Salvador: JusPodivm, 2018.

FERNANDES, Marcella. MARTINELLI, Andréa. **Por que o direito ao aborto legal ficou de fora da Constituição de 1988**. HuffPost Brasil, São Paulo, 28 set. 2019. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/entry/aborto-constituente_br_5d8ba2ece4b01c02ca627cf1. Acesso em: 4 jul. 2020.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FREITAS, Ana. **O que é a vaquejada. E por que ela foi proibida pelo Supremo**. Nexo, São Paulo, 16 out. 2016. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/10/16/O-que-%C3%A9-a-vaquejada.-E-por-que-ela-foi-proibida-pelo-Supremo>. Acesso em: 3 dez. 2020.

FREITAS, Hyndara. **Autores de vídeos homofóbicos deverão pagar R\$ 80 mil de danos morais coletivos**. JOTA, São Paulo, 3 jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expresso/autores-de-videos-homofobicos-deverao-pagar-r-80-mil-de-danos-morais-coletivos-03072020>. Acesso em: 18 jul. 2020.

FREITAS, Hyndara. **STF determina suspensão de ação que permitiu ‘cura gay’**. JOTA, São Paulo, 24 abr. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/stf-determina-suspensao-de-acao-que-permitiu-cura-gay-24042019. Acesso em: 6 nov. 2019.

GRINBERG, Felipe. **Vitórias na Justiça representam ‘empoderamento’ da população LGBT, diz ex-desembargadora**. O Globo, Rio de Janeiro, 2 mar. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/vitorias-na-justica-representam-empoderamento-da-populacao-lgbt-diz-ex-desembargadora-22447204>. Acesso em: 4 jul. 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. As entrelinhas da 'liminar da cura gay': a homofobia disfarçada de liberdade. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 373, 2017. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/as-entrelinhas-da-liminar-da-cura-gay-a-homofobia-disfarcada-de-liberdade>. Acesso em: 17 dez. 2019.

HOYNINGUEN-HEUNE, Paul. Context of discovery and context of justification. **Studies in History and Philosophy of Science Part A**, Amsterdã, v. 18, n. 4, p. 501-515, 1987. Disponível em: <https://booksc.xyz/book/15640628/c88361>. Acesso em: 6 nov. 2019.

JERONIMO, Josie. Gilmar **Mendes: o ministro que tira o sono de Dilma**. Revista IstoÉ, São Paulo, 28 ago. 2015. Disponível em:

https://istoe.com.br/434171_GILMAR+MENDES+O+MINISTRO+QUE+TIRA+O+S ONO+DE+DILMA/. Acesso em: 3 jul. 2020.

JORDÃO, Fernando. **Lei que torna racismo crime completa 30 anos, mas ainda há muito a se fazer**. Correio Braziliense, Brasília, 5 jan. 2019. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/01/05/interna-brasil,729072/lei-que-torna-racismo-crime-completa-30-anos-mas-ha-muito-a-se-fazer.shtml>. Acesso em: 3 jul. 2020.

LAFER, Celso. O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília v. 41, n. 162, p. 53-90, abr/jun. 2004b. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/948/R162-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 16 jan. 2021.

LAFER, Celso. **O STF e o racismo: o caso Ellwanger**. Folha de S. Paulo, São Paulo, 30 mar. 2004a. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz3003200409.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

LEAL, Luciana Nunes. **“Aborto só vai a votação se passar pelo meu cadáver”, diz Cunha**. Estadão Rio, Rio de Janeiro, 9 fev. 2015. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/blogs/estadao-rio/aborto-so-vai-a-votacao-se-passar-pelo-meu-cadaver-diz-cunha/>. Acesso em: 4 jul. 2020.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Liberdade de expressão e preconceito contra homossexuais. Dois episódios e muita confusão**. Dissenso.org, 2 out. 2017. Disponível em: <http://dissenso.org/liberdade-de-expressao-e-preconceito-contrahomossexuais-dois-episodios-e-muita-confusao/>. Acesso em: 3 jul. 2020.

MACHADO, Lia Zanotta. O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 50, e17504, 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000200305. Acesso em: 3 out. 2020.

MARCILLA, Gema. Proportionality in Lawmaking. *In*: OLIVER-LALANA, Ángel Daniel (Coord.). **Conceptions and Misconceptions of Legislation**. Springer: Cham, 2019. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=-42dDwAAQBAJ&printsec=copyright&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 1 dez. 2020.

MARTINES, Fernando. **Robert Alexy explica seu método para resolver conflito entre princípios**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 2 jul. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-02/robert-alexey-explica-metodo-resolver-conflito-entre-principios>. Acesso em: 4 jul. 2020.

MARTINS, Ives Gandra. **Discriminação imposta pela lei e autoridades**. Gazeta Mercantil, São Paulo, 6 fev. 2008. Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2012/01/01/a2008-009%20DICRIMIN%20INCONST-%20GM.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Daniel. **Justiça libera cobrança diferenciada entre homens e mulheres em São Paulo**. Agência Brasil, São Paulo, 2 ago. 2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-08/justica-libera-cobranca-diferenciada-entre-homens-e-mulheres-em-sao-paulo>. Acesso em: 6 dez. 2020.

MENDONÇA, Patrícia. **Descontos e até gratuidade ofertados às mulheres em baladas geram controvérsia**. Rádio Gazeta Web, Maceió, 12 nov. 2018. Disponível em: <http://radiogazetaweb.com/noticias/64308/Descontos-e-ate-gratuidade-ofertados-as-mulheres-em-baladas-geram-controversia>. Acesso em: 4 jul. 2020.

MINIUCI, Geraldo. **Cura gay e liberdade científica**. Estadão, São Paulo, 21 set. 2017. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/blogs/direito-e-sociedade/cura-gay-e-liberdade-cientifica/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

MIRANDA, Carla. **Criminalização da homofobia, uma discussão prestes a completar 18 anos no Congresso**. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,criminalizacao-da-homofobia-uma-discussao-prestes-a-completar-18-anos-no-congresso,70002880715>. Acesso em: 4 jul. 2020.

MONTEIRO, Alessandra Pearce de Carvalho. **Democracia Militante na Atualidade: o Banimento dos Novos Partidos Políticos Antidemocráticos na Europa**. 2015. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAIS, Raquel. **‘Cura gay’: três psicólogos foram denunciados nos últimos 5 anos por oferecer tratamento, diz conselho**. G1, Brasília, 19 set. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/tres-psicologos-foram-denunciados-por-ofertar-cura-gay-nos-ultimos-5-anos-diz-conselho.ghtml>. Acesso em: 3 jul. 2020.

MORALES, César Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. 2011. 283 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

NETTO, Nelson Rodrigues. **Mutações constitucionais: alteração da constituição pela sua interpretação e a influência da sociedade em rede**. **Revista Jurídica Luso-**

Brasileira, Lisboa, v. 5, n. 3, p. 1457-1494, 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_1457_1494.pdf. Acesso em: 4 jul. 2020.

OITAVEN, Daniel. **A Hermenêutica da Esgrima e os Direitos Humanos**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016.

OITAVEN, Daniel. **A Luta Estratégica dos Movimentos Sociais por Reconhecimento e a Contradição Performativa: entre conflitos honnethianos e consensos habermasianos**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direitos da natureza e direito dos animais: um enquadramento. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 2, n. 10, p. 11325-11370, 2013.

OLIVEIRA, Germano. **O Goebbels do Planalto**. Revista IstoÉ, São Paulo, 10 nov. 2019. Disponível em: <https://istoe.com.br/o-goebbels-do-planalto/>. Acesso em: 16 dez. 2019.

OLIVEIRA, Mariana. **Presidente do Supremo suspende criação de quatro novos tribunais**. G1, Brasília, 17 jul. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/07/presidente-do-stf-suspende-criacao-de-quatro-novos-trfs.html>. Acesso em: 2 jul. 2020.

OLIVEIRA, Mariane G. de Mello. **Cobrança de preços diferenciados em virtude do gênero: discriminação ou livre exercício de atividade econômica?** JOTA, São Paulo, 15 abr. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cobranca-de-precos-diferenciados-em-virtude-do-genero-15042019>. Acesso em: 4 jul. 2020.

ORLEANS E BRAGANÇA, Luiz Philippe de. **Por Que o Brasil é um País Atrasado?** Novo Conceito: Ribeirão Preto, 2017.

PASSARINHO, Nathalia. COSTA, Fabiano. **Câmara decide arquivar projeto que autoriza 'cura gay'**. G1, Brasília, 2 jul. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/07/camara-decide-arquivar-projeto-que-autoriza-cura-gay.html>. Acesso em: 6 nov. 2019.

PASSARINHO, Nathalia. **Ordem de votação do impeachment será de deputados do Sul para o Norte**. G1, Brasília, 13 abr. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/04/ordem-de-votacao-do-impeachment-sera-de-deputados-do-sul-para-o-norte.html>. Acesso em: 5 set. 2020.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio J. ALMEIDA, João Lucas de O. MACHADO, Lucas S. **Ativismo Judicial: o caminho da racionalidade jurídica ao argumento político**. *In*: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (Orgs.).

Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020, p. 161-190.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. "**Cura gay**" é charlatanismo, e o Direito não pode compactuar com isso. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-08/processo-familiar-direito-nao-compactuar-charlatanismo-cura-gay>. Acesso em: 6 nov. 2019.

PIMENTA, Paulo. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIMENTEL, Adriana Barsaglia. *Backlash* às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr/jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

PINHO, Débora. **O dia da sabatina do ex-advogado geral da União**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 24 set. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-set-24/imagens-historia-dia-gilmar-mendes-foi-sabatinado>. Acesso em: 20 nov. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

POSNER, Richard. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

RAMALHO, Renan. **AGU pede a Aras processo contra jornalista que associou Wajngarten a Goebbels**. O Antagonista, 13 nov. 2019. Disponível em: <https://www.oantagonista.com/brasil/agu-pede-a-aras-processo-contrajornalista-que-associou-wajngarten-a-goebbels/>. Acesso em: 4 jul. 2020.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECONDO, Felipe. WEBER, Luiz. **Os Onze:** o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

REICHENBACH, Hans. **Experience and Prediction:** an analysis of the foundations and the structure of knowledge. Chicago: The University of Chicago Press, 1970.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Vara Criminal de Porto Alegre. **Processo-crime nº 1397026988 – 08720**. Autor: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Réu: Siegfried Ellwanger Castan. Juiz Paulo Roberto Lessa Franz, j. 26/08/2004.

ROBINSON, MJ. The Feminine Mistook: Carnival, Feminist Humor, and *South Park*. In: COGAN, Brian (Org.). **Deconstructing *South Park*: critical examinations of animated transgression**. Lanham: Lexington Books, 2012, p. 179-194.

RONCOLATO, Murilo. **Quem foi Caó, autor de lei que definiu o crime de racismo no Brasil**. Nexo Jornal, 5 fev. 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/02/05/Quem-foi-Ca%C3%B3-autor-de-lei-que-definiu-o-crime-de-racismo-no-Brasil>. Acesso em: 16 nov. 2019.

R7. **Tradição centenária, rinha de galo ainda é permitida no norte da França**. R7, São Paulo, 23 jan. 2013. Disponível em: <https://noticias.r7.com/internacional/fotos/tradicao-centenaria-rinha-de-galos-ainda-e-permitida-no-norte-da-franca-23012013#!/foto/1>. Acesso em: 4 jul. 2020.

SACRAMENTO, Bruno. Desacordos razoáveis e discricionariedade legislativa: um estudo a partir da teoria principialista dos direitos fundamentais. e-Pública: **Revista Eletrônica de Direito Público**, Lisboa, v. 5, n. 1, jan. 2018. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2018000100012. Acesso em: 4 jul. 2020.

SADI, Andreia. **Temer se reúne com Gilmar Mendes no Palácio do Planalto**. G1, Brasília, 10 abr. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/andrea-sadi/post/2018/04/10/temer-se-reune-com-gilmar-mendes-no-palacio-do-planalto.ghtml>. Acesso em: 1 dez. 2019.

SAMUELS, Robert. Freud Goes to *South Park*: teaching against postmodern prejudices and equal opportunity hatred. In: WEINSTOCK, Jeffrey Andrew (Org.). **Taking *South Park* Seriously**. Nova York: University of New York Press, 2008, p. 99-112.

SANTIAGO, Alex. O julgamento da ADO nº 26 e a criminalização da homotransfobia pelo STF: avanço ou retrocesso em garantias fundamentais? In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (Orgs.). **Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020, p. 207-222.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed.. São Paulo: Saraiva, 2019.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619/44696>. Acesso em: 4 jul. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 8ª Câmara de Direito Privado. **Apelação nº 1059191-91.2016.8.26.0100**. Apelante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo: Apelados: Rodrigo Piologo e outros. Relatora: Des. Clara Maria Araújo Xavier, j. 01/07/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/wp->

content/uploads/2020/07/20200000495637-1.pdf. Acesso em: 04/08/2020.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **Tribunais devem prestigiar o discurso humorístico, inclusive o crítico**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 22 jan. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-22/carlos-souza-tribunais-prestigiar-discurso-humoristico>. Acesso em: 24 abr. 2019.

STRECK, Lenio. **STJ faz interpretação extensiva em Direito Penal contra o réu**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 22 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-22/senso-incomum-stj-faz-interpretacao-extensiva-direito-penal-reu>. Acesso em: 17 dez. 2019.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements commentary. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 108, p. 1733-1772, 1994. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12308&context=journal_articles. Acesso em: 4 jul. 2020.

TAVARES NETO, Cleber de Oliveira. O inquérito do apocalipse: da pós-verdade à barbárie. In: PIOVEZAN, Claudia R. de Moraes (Org.). **Inquérito do Fim do Mundo: o apagar das luzes do Direito Brasileiro**. 1. ed.. Londrina: EDA, 2020, v. 1

TAVARES, Flávia. COUTINHO, Mateus. **As incoerências do julgamento que absolveu a chapa Dilma-Temer**. Revista Época, Rio de Janeiro, 9 jun. 2017. Disponível em: <https://epoca.globo.com/politica/noticia/2017/06/incoerencias-do-julgamento-que-absolveu-chapa-dilma-temer.html>. Acesso em: 2 jul. 2020.

TEIXEIRA, Matheus. **"Somos esse tipo de corte, que proíbe vaquejada e libera aborto", crítica Gilmar**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 27 out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-27/stf-proibe-vaquejada-libera-aborto-critica-gilmar-mendes>. Acesso em: 4 jul. 2020.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22. ed.. São Paulo: Malheiros, 2008.

TORRES, Aline. **Farra do Boi: mesmo proibida por lei, prática sangrenta ainda é comum em Santa Catarina**. UOL, São Paulo, 30 mar. 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2018/03/30/farra-do-boi-mesmo-proibida-por-lei-pratica-sangrenta-ainda-e-comum-em-santa-catarina.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 3 dez. 2020.

VIDALE, Giulia. **Por que considerar a homossexualidade um distúrbio é errado.** Revista Veja, São Paulo, 20 set. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/por-que-considerar-a-homossexualidade-um-disturbio-e-errado/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

VIEGAS, Eduardo Coral. **Vaquejada, farra do boi e briga de galo na pauta do Supremo.** Revista Consultor Jurídico, 22 out. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-22/ambiente-juridico-vaquejada-farra-boi-brigas-galo-pauta-supremo>. Acesso em: 4 jul. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional.** 1. ed.. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIOLIN, Tarso Cabral. **TRF da 6ª Região será em Curitiba, capital do Paraná. Joaquim Barbosa foi contra.** Blog do Tarso, Curitiba, 4 abr. 2013. Disponível em: <https://blogdotarso.com/2013/04/04/trf-da-6a-regiao-sera-em-curitiba-capital-do-parana-joaquim-barbosa-foi-contra/>. Acesso em: 6 nov. 19.

WASSERSTROM, Richard. **The Judicial Decision: toward a theory of legal justification.** Stanford: Stanford University Press, 1961.

WEIGEL, Moira. **Um alibi para o autoritarismo.** Revista Serrote, Poços de Caldas, out. 2018. Disponível em: <https://www.revistaserrote.com.br/2018/10/um-alibi-para-o-autoritarismo-por-moira-weigel/>. Acesso em: 22 abr. 2019.

WEST, Robin. **Caring For Justice.** Nova York: New York University Press, 1997.