



JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA EM KELSEN E LUHMANN

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE CRIMINALIZATION OF HOMOTRANSFOBIA IN KELSEN AND LUHMANN

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y CRIMINALIZACIÓN DE LA HOMOTRANSFOBIA EN KELSEN Y LUHMANN

Mateus Nunes Vigilato de Freitas ¹

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasil.

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-2921-1194>

E-mail: mnvfreitas@tjgo.jus.br

Andressa Regina Bissolotti dos Santos²

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasil.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5371-8994>

E-mail: andressa-santos@idp.edu.br

Resumo

Este estudo discute a atuação da jurisdição constitucional brasileira na contemporaneidade, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, que reconheceu a homotransfobia como uma forma de racismo. O objetivo é analisar como as propostas teóricas de Hans Kelsen e Niklas Luhmann interpretam e dialogam com essa postura firme do STF na proteção de direitos de grupos historicamente marginalizados. Justifica-se o estudo pela necessidade de refletir sobre os desafios da jurisdição constitucional em contextos de omissão legislativa e vulnerabilização desses grupos. A análise mostra que embora a decisão tensione os limites autopoieticos do sistema jurídico luhmanniano e o modelo de justiça constitucional de Kelsen, ela pode ser também interpretada como forma de garantir a estabilização de expectativas normativas e a obrigatoriedade dos direitos fundamentais em um país marcado por profundas desigualdades, como o Brasil.

Palavras-chave: jurisdição constitucional; Supremo Tribunal Federal; homotransfobia; Hans Kelsen; Niklas Luhmann.

¹ Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Domínus. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2628762940954181>.

² Doutora e Mestra em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6912844794038539>.

Sumário

1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 A jurisdição constitucional em Hans Kelsen: entre neutralidade e garantia da Constituição. 2.2 A função do direito em Niklas Luhmann: autopoiese e estabilização de expectativas normativas. 2.3 Jurisdição constitucional contemporânea no STF: ADO 26 – homotransfobia como racismo. 2.4 Tensionamento entre teoria, complexidade social e proteção de direitos. 3 Considerações finais. Referências.

Abstract

This study discusses the role of Brazilian constitutional jurisdiction in contemporary times, based on the Supreme Federal Court's decision in the Direct Action of Unconstitutionality by Omission No. 26, which recognized homotransphobia as a form of racism. The objective is to analyze how the theoretical proposals of Hans Kelsen and Niklas Luhmann interpret and engage with this firm stance of the Court in protecting the rights of historically marginalized groups. The study is justified by the need to reflect on the challenges faced by constitutional jurisdiction in contexts of legislative omission and the vulnerability of these groups. The analysis shows that, although the decision challenges the autopoietic limits of Luhmann's legal system and Kelsen's model of constitutional justice, it can also be interpreted as a means to ensure the stabilization of normative expectations and the enforceability of fundamental rights in a country marked by deep inequalities such as Brazil.

Keywords: constitutional jurisdiction; Supreme Federal Court; homotransphobia; Hans Kelsen; Niklas Luhmann.

Contents

1 Introduction. 2 Development. 2.1 Constitutional jurisdiction in Hans Kelsen: between neutrality and constitutional protection. 2.2 The function of law in Niklas Luhmann: autopoiesis and stabilization of normative expectations. 2.3 Contemporary constitutional jurisdiction in the Supreme Federal Court: ADO 26 – homotransphobia as racism. 2.4 Tension between theory, social complexity and rights protection. 3 Final considerations. References.

Resumen

Este estudio analiza el papel de la jurisdicción constitucional brasileña en la contemporaneidad, a partir de la decisión del Supremo Tribunal Federal en la Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión n.º 26, que reconoció la homotransfobia como una forma de racismo. El objetivo es examinar cómo las propuestas teóricas de Hans Kelsen y Niklas Luhmann interpretan y dialogan con esta postura firme del Tribunal en la protección de los derechos de grupos históricamente marginados. El estudio se justifica por la necesidad de reflexionar sobre los desafíos de la jurisdicción constitucional en contextos de omisión legislativa y vulnerabilidad de estos grupos. El análisis muestra que, aunque la decisión tensiona los límites autopoieticos del sistema jurídico luhmanniano y el modelo de justicia constitucional de Kelsen, también puede interpretarse como una forma de garantizar la estabilización de expectativas normativas y la obligatoriedad de los derechos fundamentales en un país marcado por profundas desigualdades, como Brasil.

Palabras clave: jurisdicción constitucional; Supremo Tribunal Federal; homotransfobia; Hans Kelsen; Niklas Luhmann.

Índice

1 Introducción. 2 Desarrollo. 2.1 La jurisdicción constitucional en Hans Kelsen: entre neutralidad y garantía de la Constitución. 2.2 La función del derecho en Niklas Luhmann: autopoiesis y estabilización de expectativas normativas. 2.3 Jurisdicción constitucional contemporánea en el STF: ADO 26 – homotransfobia como racismo. 2.4 Tensión entre teoría, complejidad social y protección de derechos. 3 Consideraciones finales. Referencias.

1 Introdução

A partir de 2007, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a adotar um novo posicionamento diante de omissões legislativas inconstitucionais, determinando a aplicação provisória de normas já existentes até que sobrevenha legislação específica (Ramos, 2013). Esse redirecionamento interpretativo alcança um novo marco jurisprudencial em 2019, com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26/DF. Nele o STF reconheceu a omissão do Congresso Nacional quanto aos mandados constitucionais de criminalização de condutas homotransfóbicas³ e determinou a aplicação da Lei do Racismo (Lei n. 7.716/1989) por entender que tais condutas se inserem dentro do conceito (de racismo) em sua dimensão social, no exercício de uma hermenêutica homológica⁴. Além de debates jurídicos e políticos, essa decisão evidenciou a transformação e o atual panorama da forma como a função constitucional é exercida pelo judiciário brasileiro.

Essa postura representa um afastamento da visão tradicional adotada no Brasil de jurisdição constitucional, historicamente atrelada a um desempenho mais contido. Ainda que possa causar estranheza em nosso contexto, no cenário internacional a intervenção judicial firme não é novidade. Nos Estados Unidos, por exemplo, essa

³ Para o Supremo Tribunal Federal (2019), condutas homotransfóbicas (homofóbicas e transfóbicas) são aquelas que envolvem aversão odiosa/ discriminação à orientação sexual ou à identidade de gênero.

⁴ No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5668, relatado pelo Ministro Edson Fachin, este fez referência ao papel da ADO n. 26 na jurisprudência do Supremo, a qual teria gerado uma “reespecificação” do conceito de igualdade, a partir da aplicação de uma técnica de homologia por equivalência, diferenciada da analogia. A homologia poderia ser compreendida pela equivalência das situações fáticas a atrair a incidência da mesma norma, ao passo que a analogia indica a ausência de identidade entre as circunstâncias fáticas, atraindo a aplicação da norma apenas a partir de semelhança funcional.

forma de atuação proativa se consolidou há décadas, a partir do caso *Brown vs. Board of Education* (1954). Nele se reinterpreto a noção de igualdade para declarar inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas, o que deu início a uma nova perspectiva de efetivação de valores constitucionais (Fiss, 2004).

Quando observamos decisões como a da ADO 26, torna-se indispensável refletir sobre quais fundamentos teóricos permitem compreender — ou problematizar — esse tipo de atuação judicial. Sem pretensão de esgotar o tema, este trabalho se propõe a discutir como as propostas teóricas de Hans Kelsen e Niklas Luhmann podem oferecer diferentes chaves de leitura para interpretar a transformação contemporânea da jurisdição constitucional. Vale dizer: como essas teorias dialogam com essa nova postura de atuação do STF no reconhecimento de direitos de segmentos sociais excluídos, como a população LGBTQIA+⁵?

A relevância da pesquisa reside em observar teoricamente essa atuação judicial, que tensiona a abordagem tradicional da jurisdição constitucional no Brasil. Isso contribui para discutir os limites de atuação do STF frente a omissão legislativa e o quadro de violações contra coletividades subalternizadas, como a população LGBTQIA+, buscando garantir a efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Em termos metodológicos, a pesquisa é de natureza qualitativa e adota o método comparativo, valendo-se de procedimento bibliográfico e documental. O corpus teórico é composto por duas matrizes: a teoria da garantia jurisdicional da Constituição, de Hans Kelsen, e a teoria dos sistemas sociais aplicada ao direito, de Niklas Luhmann, essa acessada também pela mediação interpretativa de Viana (2018). Como objeto documental, toma-se a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO 26, examinada a partir dos fundamentos e votos que a integram. A análise desenvolve-se em duas etapas: (I) a reconstrução de cada referencial teórico mediante revisão bibliográfica; e (II) o confronto comparativo entre as duas

⁵A sigla LGBTQIA+ se refere às pessoas que se identificam, respectivamente, como lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, travestis e transexuais, queer, intersexuais, assexuais e o sinal de adição representa as diversas outras formas de identidade de gênero e de orientação sexual. Por ocasião da I Conferência Nacional GLBT (gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros), passou-se a adotar oficialmente a sigla LGBT. Nos últimos anos, mais letras foram implementadas à sigla, a partir das interações e disputas no movimento social, inclusive em diálogo com o cenário internacional. Atualmente, a sigla LGBTQIA+ tem sido a mais utilizada, considerando-se a opção do Executivo Federal na gestão 2023-2026 de nomear a pasta responsável pela temática no âmbito do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania de “Secretaria Nacional dos Direitos das Pessoas LGBTQIA+”, nos termos da Lei n. 14.600, de 19 de junho de 2023 e do Decreto n. 11.341, de 1º de janeiro de 2023.

perspectivas e a decisão, de modo a identificar convergências, tensões e os limites que cada teoria impõe ao exercício da jurisdição constitucional.

Inicialmente, apresentaremos a concepção de Kelsen sobre a garantia jurisdicional da Constituição, com ênfase na regularidade das funções estatais e na atuação do tribunal constitucional como legislador negativo. Em seguida, analisaremos a construção teórica de Luhmann, destacando a função do direito enquanto sistema autopoiético voltado à estabilização de expectativas normativas, bem como os limites dessa atuação diante de irritações provenientes de outros sistemas sociais. Depois, apresentaremos o caso da ADO 26 como julgado representante dessa atuação da jurisdição constitucional. E, por fim, apresentaremos um diálogo crítico entre as perspectivas teóricas apresentadas e o caso analisado, a fim de explorar os tensionamentos envolvidos na decisão.

2 Desenvolvimento

2.1 A jurisdição constitucional em Hans Kelsen: entre neutralidade e garantia da Constituição

Apresentaremos neste tópico a construção teórica de Kelsen a respeito da garantia jurisdicional da Constituição, também chamada de justiça constitucional. Trata-se, como veremos, de uma solução técnica para assegurar a regularidade das funções estatais, de criação ou execução do direito. A noção de regularidade é apresentada pelo autor a partir do exercício das funções estatais (legiferação e execução). A distinção entre essas funções de criação e reprodução do direito, se consolida como parte integrante de um processo hierarquizado da produção normativa e que deve ser analisado dentro da cadeia de atos estatais. O direito aparece então como um processo contínuo de concretização, desde a ordem jurídica constitucional até os atos de execução material, passando pela Constituição, lei, regulamento e ato administrativo (Kelsen, 2003).

A regularidade é justamente a relação de correspondência entre um escalão inferior e outro escalão superior na ordem jurídica, devendo tal compatibilidade ser investigada em todas as relações. Extrai-se que uma norma pode ao mesmo tempo ser reprodução e criação a depender do escalão hierárquico em que se observa. É

com base nessa estrutura hierárquica do ordenamento que se define o dever de observância da regularidade entre os atos normativos (Kelsen, 2003).

A fim de ver essa hierarquia ser respeitada, isto é, existir regularidade no exercício das funções estatais, Kelsen idealiza garantias. Dentre as principais estão a organização dos tribunais, as garantias dos membros julgadores, a responsabilidade funcional, além da permanente possibilidade de nulidade ou anulabilidade de atos irregulares. Essa última fundamenta a criação de um tribunal constitucional autônomo em relação aos demais poderes, especializado, técnico e que atua como legislador negativo (Kelsen, 2003).

Ainda que atribua a um órgão externo e independente o controle sobre os demais poderes, Kelsen sustenta que essa estrutura não viola a separação dos poderes nem compromete a soberania dos órgãos controlados. Ao contrário, argumenta que assegurar a regularidade do funcionamento estatal por meio da jurisdição constitucional é uma forma de reafirmar tais princípios. Para fundamentar essa posição, Kelsen parte da premissa de que tanto a função legislativa quanto a jurisdicional criam regras: a primeira, de caráter geral; a segunda, de caráter individual. A partir dessa compreensão, sustenta-se que o tribunal constitucional desempenhará uma função legislativa negativa, uma vez que, ao anular atos normativos incompatíveis com a Constituição, produz efeitos gerais, suprimindo normas do ordenamento jurídico (daí o nome legislador negativo). Nesse contexto, o tribunal constitucional atua como um órgão neutro, técnico e vinculado à Constituição, exercendo uma função essencialmente de aplicação do direito — reprodução normativa — e, apenas de modo secundário, de criação (Kelsen, 2003).

A racionalidade é de que a força jurídica da Carta Magna não é real quando não existem mecanismos de controle e anulação. Caso contrário, perde-se a força normativa e torna-se um texto meramente simbólico, sem efetividade. A jurisdição constitucional, por conseguinte, é entendida como instrumento que assegura sua obrigatoriedade. São elementos centrais nesta proposição: as noções de supremacia, rigidez da Constituição (noção obtida a partir de mecanismos mais rígidos de alteração normativa) e de que a eficácia do texto constitucional não pode se submeter ao arbítrio do legislador. Há uma percepção clara de possíveis influências externas na manutenção de irregularidades, propondo que a análise deverá ser feita por órgão externo e independente ao que produziu o objeto impugnado (irregular) (Kelsen, 2003).

Em relação a interpretação da regularidade (do exercício das funções estatais) pelo tribunal constitucional, Kelsen (2003) propõe a verificação de conformidade em relação às normas constitucionais excluindo do parâmetro princípios não positivados e normas com conceitos indeterminados. Busca-se com isso: demarcar a atuação técnica (apartada da política), evitar subjetivismos e dar congruência a seu sistema lógico. O autor apresenta preocupação do uso destes termos na justiça constitucional, por serem perigosos. Este ponto será melhor discutido no tópico 3.

Ainda assim, o autor defende que tal modelo protege minorias. A justiça constitucional impede a ditadura da maioria, especialmente em democracias parlamentares⁶. É essencial para proteger os direitos das minorias, funcionando como um árbitro neutro e pacificador dos conflitos estruturais, uma vez que o autor atribui a ele a responsabilidade de resguardar os direitos fundamentais. Permite, por conseguinte, a reafirmação do compromisso de não permitir a onipotência da maioria na democracia (Kelsen, 2003).

2.2 A função do direito em Niklas Luhmann: autopoiese e estabilização de expectativas normativas

Neste tópico, apresentaremos a construção teórica de Luhmann sobre a função do direito no contexto da sociedade complexa, com destaque aos conceitos de autopoiese, estabilização de expectativas normativas e acoplamento estrutural. Trata-se de uma abordagem que se afasta das teorias jurídicas tradicionais, ao compreender o direito como um sistema de comunicação autopoiético, funcionalmente diferenciado, voltado para a produção de estabilidade normativa (Luhmann, 2005).

Para Luhmann (2005), o direito não se define por sua origem estatal ou por sua relação com valores morais, mas pela função que exerce: a estabilização de expectativas normativas. Ao contrário das expectativas cognitivas, que podem ser revisadas quando a realidade as contradiz, as expectativas normativas persistem mesmo quando frustradas. Por isso descreve a atuação do direito enquanto forma de estabilização contrafática. O direito, nesse sentido, opera como um mecanismo de confiança estruturada, permitindo que as decisões individuais e institucionais se

⁶ Assim, dialoga com uma tradição que desde o surgimento das democracias contemporâneas, como se verifica nos textos de “Os Federalistas”, vem afirmando a necessidade de proteção das minorias através da previsão de direitos que não possam ser afastados pelas majorias, com indicação de que caberia ao Judiciário a guarda desses direitos (Hamilton; Jay; Madison, 2021).

baseiem em previsibilidade, mesmo em contextos marcados pela incerteza e complexidade. Daí parte a ideia de que essa segurança conferida às expectativas é o que permite enfrentar os desencantos da vida cotidiana e possibilita a vida em uma sociedade mais complexa (na qual mecanismos personalizados, como acordos individuais, não seriam suficientes). Esse entrelaçamento apontado se converte na tentativa de resolver o que o autor chama de problema temporal na comunicação social.

O sistema jurídico é descrito por Luhmann como um sistema autopoiético, isto é, um sistema que produz e reproduz seus próprios elementos a partir de suas próprias operações. Ulisses Schwarz Viana (2018) explica essa concepção enquanto uma abertura e um fechamento. O direito é operacionalmente fechado (clausurado em sua operação), significando que apenas comunicações jurídicas podem gerar novas comunicações jurídicas. No entanto, é cognitivamente aberto, o que significa que é sensível a estímulos do ambiente (mudanças sociais, pressões políticas, novos conflitos), desde que esses estímulos sejam processados e convertidos em termos jurídicos. Essa seletividade de informações ocorre através de um “filtro sistêmico”. O produto dessa operação é a congruência interna do sistema que se expressa a partir um código binário: direito / não-direito (Luhmann, 2005).

Ao dialogar com Luhmann (2006)⁷, Viana (2018) desenvolve que essa abertura mencionada é mediada em um acoplamento estrutural entre sistemas (também chamado de interconexões sistêmicas), que são formas de interconexão que mantêm a autonomia funcional de cada sistema, mas permitem comunicação indireta. Fala-se, então, em uma comunicação entre o sistema do direito e seu campo (demais sistemas). A Constituição, nesse contexto, é compreendida como um ponto de acoplamento entre o sistema jurídico e o sistema político, servindo como interface entre decisões políticas e normas jurídicas.

Assim, a relação entre o sistema jurídico e político é indiscutível. A questão é que essa relação na prática não pode se distanciar das balizas da autopoiese. Em outros termos, um sistema não pode colonizar o outro. O sistema do direito deve produzir decisões adequadas e congruentes por meio de sua operação, visando à estabilização de expectativas normativas. Caso decisões judiciais se utilizem de lógicas estranhas à interpretação e argumentação jurídicas ocorre a chamada

⁷ LUHMANN, Niklas. Einführung in die Systemtheorie. 3. ed. Heidelberg: Carl-Auer. 2006.

alopoiése, uma verdadeira disfuncionalidade sistêmica. A justiça constitucional, nesse sentido, não deve se configurar como um poder criador arbitrário, mas sim como um componente da autopoiese jurídica (Viana, 2018).

Portanto, a teoria dos sistemas de Luhmann oferece uma chave interpretativa distinta daquela de Kelsen, ao conceber o direito não como uma pirâmide de normas subordinadas à Constituição, mas como um sistema dinâmico.

2.3 Jurisdição constitucional contemporânea no STF: ADO 26 – homotransfobia como racismo

Uma inovação trazida pela Constituição Federal de 1988 foi a inserção da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no rol de ações do controle concentrado (Medeiros, 2013). Esse mecanismo está relacionado ao reconhecimento do estado de mora inconstitucional, vale dizer, a contradição entre a determinação constitucional e a falta de uma conduta positiva do poder público, sua inércia total ou parcial (Ferraz, 1986).

Em análise de casos de omissão legislativa no Supremo Tribunal Federal (STF), em ADO's (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) e MI's (Mandados de Injunção), no período de 1988 a 2009, Luciana de Oliveira Ramos (2013) aponta uma mudança, a partir de 2007, na forma como a corte lida com omissões legislativas inconstitucionais. Em uma evolução jurisprudencial, o tribunal passou de decisões meramente declaratórias a decisões constitutivas, com potencial de regular a regra a concretizar o direito até a elaboração de norma regulamentadora.

Esse redirecionamento interpretativo alcança um novo marco jurisprudencial em 2019, com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26. A ação, ajuizada em 2013, buscou a obtenção da criminalização de condutas de homofobia e transfobia, ofensas, agressões físicas, homicídios e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero. A fundamentação da procedência apontou que a criminalização específica decorre da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII, CRFB/88), e às práticas discriminatórias atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CRFB/88). Ainda, dentre dispositivos normativos, merecem menção os fundamentos (cidadania; dignidade da pessoa humana – art. 1º, II e III, CRFB/88) e os objetivos (construir uma sociedade livre, justa e solidária; promover o bem de todos, sem preconceitos de

origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação - art. 3º, I e IV, CRFB/88) da República Federativa do Brasil.

Somado ao aspecto normativo, os julgadores apontaram a inércia do legislativo (vez que entre a promulgação da Constituição e o julgamento da ADO decorreram mais de 30 anos), o quadro de violações sistematizadas e o aspecto histórico de marginalização (Brasil, 2019). O Ministro relator Celso de Mello em seu voto lembrou que o país ocupava o primeiro colocado na lista mundial dos países que mais matam pessoas transgêneros (Europe, 2016). Este dado ainda se mantém atualizado: dentre os países em que esse levantamento é feito, o Brasil, pelo décimo quinto ano consecutivo, se manteve como o país que mais mata pessoas trans no mundo (Benevides, 2024).

Importa mencionar que: registraram-se, entre 2008 e 2016, 868 (oitocentos e sessenta e oito) homicídios de travestis e transexuais no Brasil (Europe, 2016). Conforme apontado pelo dossiê de mortes violentas, entre 2000 e 2021, 5.362 (cinco mil e trezentas e sessenta e duas) pessoas foram mortas por decorrência do preconceito e intolerância à população LGBTQIA+ (Gastaldi; Benevides; Larrat, 2022). A marginalização se traduz, ademais, no caso das pessoas transexuais e travestis, na prostituição como principal meio de subsistência, dificuldade de inserção no mercado formal de trabalho e baixa qualificação profissional causada pela exclusão social, familiar e escolar (Benevides, 2017).

Como resultado do julgamento, mediante a utilização da técnica de interpretação conforme, atos de homotransfobia passaram a ser considerados espécies do gênero racismo, aplicando-se as disposições da Lei n. 7.716/89, inclusive incidindo no caso de homicídio doloso a qualificadora do motivo torpe (art. 121, §2º, I, Código Penal). Até edição de lei pelo Congresso Nacional, condutas homotransfóbicas (de aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero), por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei n. 7.716/89 (Brasil, 2019).

Esse entendimento parte da concepção de racismo como uma ideologia que sustenta a superioridade de determinados grupos em relação a outros, ultrapassando critérios estritamente biológicos ou fenotípicos. A corte reconheceu que a homotransfobia opera como uma forma de dominação e exclusão motivada por construções histórico-culturais que visam justificar desigualdades e negar a dignidade

daqueles que não se alinham aos padrões hegemônicos da sociedade. Assim, práticas discriminatórias contra essas pessoas foram equiparadas, sob o ponto de vista jurídico, às práticas racistas, por reproduzirem a lógica de marginalização social e exclusão do sistema de proteção de direitos fundamentais (Brasil, 2019).

2.4 Tensionamento entre teoria, complexidade social e proteção de direitos

A partir do julgamento da ADO 26 pelo Supremo Tribunal Federal, abre-se um campo fértil para refletir sobre as transformações da jurisdição constitucional brasileira na contemporaneidade. A decisão que reconheceu a homotransfobia como forma de racismo representa um ponto de inflexão na atuação da Corte Constitucional, especialmente no que diz respeito à proteção de grupos historicamente vulnerabilizados. Nesse cenário, as formulações teóricas de Hans Kelsen e Niklas Luhmann oferecem caminhos distintos para compreender as dinâmicas que atravessam o exercício da jurisdição constitucional.

Kelsen propõe a jurisdição constitucional como mecanismo institucional específico (garantia) de controle da regularidade do exercício das funções estatais. A finalidade é assegurar a obrigatoriedade da Constituição, resguardar a ordem jurídica contra a produção legislativa inconstitucional e, ainda, proteger as minorias contra as extrapolações da maioria nas democracias parlamentares. Para tanto, defende-se que o Tribunal Constitucional, embora exerça uma ingerência no Poder Legislativo, não viola a separação dos poderes, pois essa função legislativa negativa é essencialmente uma aplicação do direito, atuação técnica e especializada. É interessante perceber em Kelsen a compreensão de que a atividade jurisdicional também é, em certa medida, uma atividade criativa, ainda que limitada (Kelsen, 2003).

Apesar de sua teoria não ser extensível ao arranjo contemporâneo, sua racionalidade o justifica em parte. O autor afirma que assegurar a regularidade do funcionamento dos órgãos não se contradiz com a separação dos poderes, mas ao contrário, a afirma. Kelsen defendia que a eficácia da Constituição não poderia ser comprometida pelo arbítrio do legislativo. Essa noção também justifica a própria ideia do controle de constitucionalidade por omissão.

Em contraste, a preocupação com a segurança jurídica e o receio de uma transferência de poderes ilimitados ao tribunal constitucional são traduzidas na tentativa de separação do aspecto político do jurídico, além da oposição ao uso de

conceitos indeterminados (Kelsen, 2003). Todavia, o próprio autor menciona em seu trabalho que constituições modernas enumeram direitos fundamentais e princípios (Kelsen, 2003), o que torna inevitável, a nosso entender, que debates eminentemente políticos tomem forma de questões constitucionais e, por conseguinte, de regularidade/ irregularidade de normas. Uma das discussões ao longo da ADO 26 é justamente o princípio da igualdade (de alta carga valorativa e indeterminação). A controvérsia da politização da justiça/ judicialização da política mostra-se inerente a contextos de reivindicação de direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Embora tente retirar a Constituição da esfera política, a proposição de Kelsen prevê uma atuação técnica que interfere em decisões políticas. Nesse contexto, ao passo que uma expansão interpretativa preocupa, a restrição conduz a uma inoperância de direitos fundamentais.

Diante da omissão legislativa quanto ao mandado constitucional de criminalização da homotransfobia, o STF determinou aplicar a Lei do Racismo. Para uma leitura estritamente kelseniana, essa atuação extrapolaria os limites da função judicial, inserindo-se no campo da criação do direito e da atuação política, ainda que se reivindique tecnicidade. A proposta de Kelsen (2003) compreende um modelo teórico de jurisdição constitucional que se desenvolve a partir de operações lógicas, um instituto que se reduz a observar relações de regularidade. Ele não aborda diretamente a inconstitucionalidade por omissão, focando na anulação de atos já existentes. Contudo, é inegável que a omissão legislativa proposital representa um desrespeito à ordem constitucional.

Isso nos leva a uma compreensão multifacetada a partir da obra de Kelsen. Em diálogo com aspectos mais práticos, seu modelo de jurisdição constitucional não se coaduna integralmente com o adotado pelo STF na contemporaneidade, que frequentemente se vê diante de demandas sociais e políticas complexas. Por outro lado, sob o aspecto finalístico, de buscar proteger a obrigatoriedade da Constituição e as minorias, o autor endossa uma atuação independente da corte, sem prejuízo da separação de poderes. Essa análise reconhece que, apesar de sua consistência, a teoria possui limitações inerentes ao não considerar a intrínseca ligação entre a política e o direito, e ainda, o contexto de reivindicação de direitos fundamentais estagnados na previsão textual.

A teoria de Luhmann oferece um olhar distinto. Ao conceber o direito como um sistema autopoietico, operacionalmente fechado e cognitivamente aberto, o autor

reconhece a possibilidade de o sistema jurídico processar irritações provenientes do ambiente – como demandas sociais por reconhecimento e proteção. Essas irritações, quando convertidas em comunicações jurídicas, são processadas por meio de programas condicionais e traduzidas no código binário direito/não-direito. O direito responde a essas pressões segundo sua própria lógica funcional, sendo condicionado ao respeito a sua forma interna. Sendo assim, não ignora que existe o risco da alopoiése. Em outras palavras, a jurisdição constitucional é confrontada pelos limites autopoieticos (Luhmann, 2006 apud Viana, 2018).

A partir dessa perspectiva, decisões como a proferida na ADO 26 geram tensões interpretativas. É válido questionar se o STF ultrapassou os limites da autopoiese jurídica ao responder a uma omissão legislativa com forte carga política e moral. No entanto, a nosso entender, a decisão do STF, pode ser lida como um exemplo de exercício judicial autopoietico. O sistema jurídico, confrontado com a omissão legislativa e a alta violência motivada por homotransfobia, traduziu esse estímulo ambiental em uma norma jurídica aplicável, reorganizando seu próprio conteúdo normativo com base em mandados de criminalização expressos e princípios já internalizados, como igualdade, dignidade e não discriminação.

Luhmann nos oferece uma chave interpretativa centrada na funcionalidade do direito como sistema autopoietico voltado à estabilização de expectativas normativas. No caso, o conceito de autopoiese pode ser observado na abertura do sistema (análise do contexto social, violência, marginalização, participação de *amici curiae*) e no fechamento, traduzido no código binário direito/ não direito (interpretação conforme, lacuna legislativa, aplicação da Lei n. 7.716/89, princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade). A decisão do tribunal, nessa perspectiva, representaria a estabilização de expectativas normativas insculpidas na Carta Magna de 1988: a coibição do racismo e da discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais. Tal expectativa normativa se traduziu no reconhecimento da homotransfobia como juridicamente inadmissível e punível. Diante do arcabouço normativo constitucional (positivado, isto é, com positividade), esse movimento não parece se confundir com lógicas sistêmicas diversas, como a política ou a moral (apesar de se relacionar com elas).

Enquanto Kelsen fornece uma base teórica estrutural rígida, apta a explicar a supremacia da Constituição e a limitação do poder judicial, Luhmann observa como o sistema jurídico funciona. Kelsen tenta afastar a política do direito apresentando uma

pretensão de neutralidade da corte a partir da tecnicidade, limitando sua atuação como legislador negativo. Luhmann reconhece a existência da interconexão sistêmica do direito com a política, mas fixa os limites da atuação da jurisdição constitucional pela autopoiese. A partir da análise do caso da ADO 26, há diferença entre as abordagens: diante dos mecanismos institucionais práticos de Kelsen, o julgamento ultrapassaria os limites da jurisdição técnica; para Luhmann, se levarmos em consideração a positividade do direito (em relação às expectativas de coibição da discriminação), é possível interpretar que se trata de uma estabilização de expectativas contrafáticas coerente com a lógica do sistema. Segundo Luhmann (2005) o direito protege justamente quem possui a expectativa normativa.

3 Considerações finais

Essa comparação mostra que diferentes modelos teóricos levam a interpretações distintas acerca da atuação da jurisdição constitucional, sobretudo diante de omissões legislativas em contextos de reivindicação de direitos fundamentais. Especialmente diante da judicialização de direitos de grupos historicamente marginalizados e do reconhecimento de novos sujeitos de direito, como no caso da população LGBTQIA+, Kelsen e Luhmann oferecem pontos de vista diferentes. Para análise da função do direito e da atuação da justiça constitucional, eles apresentam, respectivamente, abordagens estruturais (de hierarquia normativa) e sistêmicas (através da autopoiese).

A decisão do STF pode ser vista como um tensionamento dos limites do modelo clássico de jurisdição constitucional de Kelsen e dos limites autopoieticos de Luhmann. A pesquisa revelou que esse tensionamento expõe uma contradição fundamental no modelo kelseniano: ao mesmo tempo em que busca afastar a política do direito, reconhece que constituições modernas enumeram direitos fundamentais e princípios, tornando inevitável que debates políticos assumam forma jurídica. Essa contradição se manifesta particularmente em casos como a ADO 26, onde princípios de alta carga valorativa, como a igualdade, tornam-se objetos centrais de deliberação constitucional. Por outro lado, o estudo demonstrou que a teoria luhmanniana, ao mesmo tempo que assevera o risco da alopoiése, permite compreender como o sistema jurídico converte irritações ambientais em comunicações jurídicas através de sua própria linguagem. No caso analisado, isso se traduziu no processamento da

omissão legislativa mediante abertura cognitiva (análise do contexto social, participação de *amici curiae*) e fechamento operacional (aplicação da Lei n. 7.716/89, interpretação de princípios constitucionais).

A par dessas considerações, conforme desenvolvido no trabalho, a imputação da homotransfobia ao conceito de racismo pode ser observada como esforço de: a) garantir a eficácia da Constituição (lógica decorrente da supremacia hierárquica) e b) estabilizar expectativas normativas diante de previsão constitucional e omissão legislativa (lógica decorrente da autopoiese). Ainda que a teoria kelseniana não seja diretamente extensível ao arranjo institucional contemporâneo, parte de sua racionalidade permanece irretocável: assegurar a regularidade do funcionamento dos órgãos não se contradiz com a separação dos poderes, mas, ao contrário, a afirma. É dele também a compreensão de que a obrigatoriedade da Constituição não pode ser comprometida pelo arbítrio legislativo.

Retomando a pergunta que orientou a investigação, é possível oferecer uma resposta conclusiva, ainda que dependente do referencial adotado. Sob uma leitura estritamente kelseniana, a ADO 26 não se enquadra no exercício legítimo da jurisdição constitucional tal como originalmente concebido: ao colmatar uma omissão legislativa pela extensão da Lei do Racismo às condutas homotransfóbicas, o Supremo Tribunal Federal aproximou-se da criação positiva do direito e da deliberação política, ultrapassando a função técnica do legislador negativo, que se limita a anular normas já existentes. Sob a leitura luhmanniana, a despeito de também tensionar a lógica da autopoiese, a decisão pode ser lida como exercício legítimo, pois traduz uma irritação ambiental, a omissão legislativa somada ao quadro de violência, na linguagem do próprio sistema jurídico, mobilizando programas normativos já internalizados, como os mandados constitucionais de criminalização e os princípios da igualdade e da dignidade, para estabilizar contrafaticamente uma expectativa inscrita na Constituição.

Entre as duas chaves de leitura, este estudo sustenta que a perspectiva luhmanniana descreve com maior fidelidade o que se passou no julgamento. Diante da positividade do mandado de criminalização e dos princípios constitucionais convocados, a decisão não se confunde com criação arbitrária nem com colonização do direito pela política: ela estabiliza uma expectativa normativa já posta em 1988. Assim, mais do que ativismo desabrido, a ADO 26 pode ser compreendida como exercício da jurisdição constitucional, sem prejuízo de reconhecer que a tensão

apontada pelo modelo kelseniano permanece teoricamente fecunda, ao advertir sobre os riscos de uma corte que se desloca da aplicação para a criação do direito.

Quanto às contribuições do estudo para o Direito Constitucional, três pontos merecem destaque. Em primeiro lugar, o trabalho articula dois paradigmas distintos, o estrutural de Kelsen e o sistêmico de Luhmann, como chaves complementares de leitura de uma mesma decisão concreta, evidenciando que o juízo sobre a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal varia conforme o critério adotado: a regularidade hierárquica, em Kelsen, e a estabilização funcional de expectativas, em Luhmann. Com isso, desloca-se o debate sobre o ativismo judicial do binômio simplificador entre legítimo e ilegítimo para uma análise sensível aos pressupostos teóricos de cada modelo. Em segundo lugar, aplica-se a teoria dos sistemas a um julgado paradigmático em matéria de direitos de grupos vulnerabilizados, aproximando a abstração luhmanniana do problema concreto da proteção da população LGBTQIA+ e do acesso à justiça. Por fim, sugere-se um critério, a positividade do mandado constitucional, apto a distinguir a estabilização autopoiética legítima da extrapolação alopoiética, o que pode subsidiar a avaliação de futuras decisões fundadas em omissão legislativa.

Em sociedades marcadas por desigualdades estruturais, como a brasileira, a jurisdição constitucional precisa ser pensada a partir de uma dupla preocupação: de um lado, os riscos de colonização dos demais sistemas sociais (concentração inaceitável de poder); de outro, sua função de proteção de direitos fundamentais notavelmente negligenciados. De fato, ambas as teorias oferecem ferramentas distintas e complementares para pensar essa nova atuação da justiça constitucional.

As reflexões aqui desenvolvidas abrem caminho para investigações futuras. Uma primeira agenda, de natureza empírica, consistiria em verificar a eficácia da decisão na efetiva estabilização das expectativas normativas, examinando como os tribunais inferiores têm aplicado a tese firmada na ADO 26, se há incremento da responsabilização penal por condutas homotransfóbicas e em que medida a criminalização repercutiu sobre os índices de violência contra a população LGBTQIA+. Uma segunda frente, de cunho teórico, poderia analisar outros mecanismos de garantia constitucional que tensionam a pretensão de neutralidade kelseniana, como o mandado de injunção e as demais ações de controle de omissão, bem como ampliar o diálogo com matrizes que tematizam diretamente a relação entre jurisdição constitucional, democracia e proteção de minorias. Por fim, mostra-se promissora a

comparação entre a experiência brasileira e a de outras cortes constitucionais que enfrentaram a omissão legislativa em matéria de direitos de grupos historicamente marginalizados.

Referências

BENEVIDES, Bruna. **Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2023**. Brasília: ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais), 2024.

BENEVIDES, Bruna. **Mapa dos assassinatos de travestis e transexuais no Brasil em 2017**. Brasília: ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais), 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 26 (ADO)**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 13 jun. 2019. Diário da Justiça Eletrônico, n. 219, divulgado em 4 out. 2021, publicado em 5 out. 2021. Brasília. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2025.

BALZER, Carsten; LAGATA, Carla; BERREDO, Lukas. TMM annual report 2016: 2,190 murders are only the tip of the iceberg – an introduction to the Trans Murder Monitoring project. **TVT Publication Series**, v. 14. Berlin: Transgender Europe (TGEU), 28 p. 2016. Disponível em: <https://tgeu.org/files/uploads/2025/11/TMM-Report-2016.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2019.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 23, n. 89, p. 49, jan./mar. 1986.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. Coordenação da tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 105-120.

GASTALDI, Alexandre Bogas Fraga; BENEVIDES, Bruna; LARRAT, Symmy (org.). **Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil: dossiê 2021**. Florianópolis, SC: Acontece Arte e Política LGBTI+; Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA); Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), 2022.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **Os artigos federalistas**. Barueri: Avis Rara, 2021.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (a justiça constitucional). Tradução de Jean François Cleaver. **Direito Público**, Brasília, DF, n. 1, jul./set. 2003.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 50, n. 200, p. 189—210, out./dez. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p189.pdf. Acesso em: 21 fev. 2025.

RAMOS, Luciana de Oliveira. O papel passivo do STF no controle das omissões inconstitucionais. In: DRIMOULIS, Dimitri; RAMOS, Luciana de Oliveira; VIEIRA, Oscar Vilhena; NASSAR, Paulo André; GLEZER, Rubens Eduardo; LUNARDI, Soraya (orgs.). **Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual**. São Paulo: Direito GV, 2013. p. 79-89. ISBN 978-85-64678-07-1

VIANA, Ulisses Schwarz. O confronto da jurisdição constitucional com seus limites autopoieticos: o problema do ativismo judicial alopoiético na teoria dos sistemas. Direito Público: **Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v.15, n.1, jan./dez. 2018. Acesso em: 16 jul. 2025.