

**O PRAGMATISMO JURÍDICO E A CRIMINALIZAÇÃO DA  
HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL**

***LEGAL PRAGMATISM AND THE CRIMINALIZATION OF  
HOMOPHOBIA AND TRANSPHOBIA BY THE BRAZILIAN SUPREME  
COURT***

Recebido: 21/03/2024

Aceito: 06/06/2024

*Claudio Kitner*

Doutorando pela PUC/SP

Mestre em Direitos Fundamentais pela Faculdade Damas

Professor de Graduação da Faculdade Damas e de Pós-graduação da ESA/PE

Diretor do Foro da JFPE

Juiz Federal

**RESUMO:** A hermenêutica jurídica, e sua relação com a filosofia do direito, traz uma grande contribuição na interpretação dos textos jurídicos, mas, não sendo capaz de apresentar cânones objetivos que conduzam os julgadores a um caminho uniforme para a tomada das decisões, enfrenta inúmeros problemas que refletem no julgamento de causa concretas. Um dos critérios interpretativos pode levar em consideração características do pragmatismo filosófico e jurídico, o que nos leva à indagação sobre elas estarem ou não sendo utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que implicitamente, nas suas fundamentações. Partindo da hipótese afirmativa, a testamos mediante análise do acórdão

proferido no Mandado de Injunção 4733/DF que, ao lado da ADO 26/DF, criminalizou a homofobia e a transfobia. Ao final, confirmamos o que no início era só uma intuição, embora ressaltando que a conclusão se apresenta exclusivamente em face do caso abordado, incentivando outras pesquisas semelhantes e apenas sugerindo uma possível tendência, sem a pretensão de uma análise quantitativa que indique o percentual de vezes em que isso aconteça na Suprema Corte.

**Palavras-chave:** Pragmatismo. Suprema Corte. Criminalização da homofobia.

*Abstract:* Legal hermeneutics, and its relationship with jurisprudence, makes a great contribution to the interpretation of legal texts. However, it is able neither to present objective ways nor to allow judges to get an uniform decision, in fact, dealing with several problems found during the judgment of specific cases. One of the ways of interpretation can take into account the characteristics of philosophical and legal pragmatism, which leads us to ask whether or not they are being used by the Brazilian Supreme Court, at least implicitly, in its opinions. Our hunch is affirmative, and we tested it by analyzing the decision made by the Court in the writ of injunction 4733/DF which, together with the ADO 26/DF, criminalized homophobia and transphobia. At the end, we confirmed what at first was just an intuition, although highlighting that the conclusion is presented only from the perspective of the studied case, in order to suggest other researches to address other cases. We did not intend to make a quantitative approach which would be required to indicate the amount of times that the same way was followed by the Supreme Court.

**Keywords:** Pragmatism. Supreme Court. Criminalization of homophobia.

## INTRODUÇÃO

A globalização mais recente aparenta ter provocado reações não só na economia, na política, no modelo de convivência entre os povos, na própria formação dos direitos nacionais e, para os fins que mais interessam ao presente trabalho, até mesmo na aplicação do direito pelo Poder Judiciário. É sintomático desse cenário, a inspiração brasileira em teorias e correntes filosóficas estrangeiras, citadas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, máxime em julgados envolvendo direitos fundamentais. Talvez isso não seja uma decorrência única do fenômeno globalizante, mas pode ser facilitado por ele.

Esse crescente movimento de internalização de ideias importadas de outros sistemas justifica-se, em parte, em razão do ambiente propício de textos constitucionais abertos, repletos de conceitos indeterminados, expressões vagas e princípios de alta abstração, o que, inclusive, é natural no âmbito de um diploma de tamanha dimensão normativa. Para resolver os casos concretos, porém, o intérprete terá que se valer de inúmeros critérios apontados pela doutrina e, às vezes, pela própria legislação, o que não tem como ser totalmente diferente no circuito criminal, considerando que ele também se vale da linguagem, sempre imprecisa em maior ou menor proporção.

O positivismo jurídico tradicional pensou em possível uso, concomitante ou alternado, de vários métodos de interpretação dos textos normativos, como o literal, o lógico e o sistemático, que consideram a sintática das palavras; o teleológico, sociológico e o histórico, que levam em conta a semântica, sem falar nos tipos especificador, restritivo ou extensivo. Por sua vez, há também critérios apontados por pós-positivistas, os quais, a despeito de variações, *grosso modo*, pretendem uma interpretação que considere a integração da moral ao direito, por meio de princípios superiores às regras,

explícitos ou mesmo implícitos, os quais seriam capazes de conduzir a uma única resposta certa em cada caso concreto, mediante a busca da justiça para a situação particularizada<sup>1</sup>.

Nesse cenário hermenêutico problemático, ou pelo menos muito fluido, dentre os vários direitos fundamentais está aquele que proíbe o racismo ou, mais genericamente, qualquer forma de preconceito e discriminação (art. 3º, IV, art. 5º, XLI e XLII, todos da CF). Diante dessas oportunas previsões constitucionais, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi chamado a decidir sobre a homofobia e transfobia serem ou não crimes de acordo com o ordenamento jurídico vigente, tendo a mais alta corte do país decidido, por maioria, em sentido afirmativo, no julgamento da ADO 26/DF e do MI 4733/DF.

Com esta pesquisa não pretendemos analisar se a interpretação efetuada pelo STF foi tecnicamente a mais correta, seja sob um ponto de vista constitucional, seja sob uma visão exclusivamente de direito penal. Também não almejamos avaliar se a posição adotada se harmoniza com o momento de uma filosofia constitucional ou criminal dominante no território nacional. Pelo contrário, nosso objetivo é apenas avaliar se, dentre os vários argumentos apresentados, é possível inferir ter sido considerada, ainda que implicitamente, alguma característica inerente ao pragmatismo filosófico-jurídico, por meio de um estudo transdisciplinar do importante precedente criminal da nossa Suprema Corte. Com isso, almejamos provocar reflexões sobre a aplicação futura desse tipo de raciocínio jurídico no direito penal brasileiro.

A nossa pergunta, então, é : o STF aplica elementos próprios do pragmatismo jurídico como critério de interpretação para a tomada das suas decisões? A nossa hipótese é de que isso ocorra, mas para testá-la nos restringiremos ao exame da criminalização da homofobia e transfobia, ainda

---

<sup>1</sup> Um dos principais autores que embasam o pós-positivismo jurídico brasileiro é Ronald Dworkin, cujos argumentos pressupõem que frequentemente há uma única resposta certa para questões complexas de direito e moralidade política (2010, p. 431).

assim de forma limitada ao MI 4733/DF, em face do necessário corte metodológico que viabilize a pesquisa sob o ponto de vista espacial.

A escolha da aludida ação constitucional ocorreu em razão do contexto social e histórico que permeia a questão jurídico-política da tutela penal contra a homofobia e transfobia. Isso nos conduziu a investigar as manifestações dos ministros no julgamento apontado. No entanto, diante do mencionado limite de espaço, que nos restringe a estudo de caso único, com a utilização de um método empírico meramente qualitativo, nossa conclusão deverá ser considerada exclusivamente em função da decisão analisada, sem uma pretensão quantitativa estatística que permita a generalização da resposta. Ela, no entanto, será muito relevante, sugerindo uma tendência que pode estar ocorrendo com certa frequência, incentivando outros pesquisadores à abordagem de diferentes julgados, passados ou futuros, bem como à ponderação sobre essa forma de interpretação do direito penal.

Começaremos a investigação pela análise do pragmatismo filosófico, chegando em seguida ao pragmatismo jurídico, a fim de, inicialmente, verificar alguns dos seus elementos fundamentais. Uma vez estabelecidas essas premissas, passaremos à sua verificação em face da decisão concreta objeto de exame para, finalmente, termos a nossa conclusão.

## **1. O PRAGMATISMO COMO DOUTRINA FILOSÓFICA**

Obviamente não seria possível esgotar a abordagem do pragmatismo como uma corrente de pensamento filosófica, nem mesmo examiná-lo profundamente neste momento, o que fugiria às possibilidades de um artigo de pesquisa jurídica. Apesar disso, para responder adequadamente à nossa pergunta, não podemos deixar, em certa medida, de iniciar a investigação mediante a apresentação de alguns dos seus aspectos principais.

Originado como escola filosófica no fim do século XIX, o pragmatismo filosófico surgiu em Boston, Massachusetts, sob a égide de um clube metafísico, o qual, de forma até irônica, criticava a metafísica clássica, opondo-se frontalmente às filosofias de natureza especulativa. Tinha como proposta, dentre outras, rever o empirismo, contrapor-se ao ceticismo e trazer uma nova visão de verdade (SHOOK, 2002, p. 11).

Para alguns, como é o caso do professor holandês Cornelis Waal, o pragmatismo corresponderia à adoção sistemática e consciente de um método que os filósofos já vinham praticando desde a Antiguidade (2007, p. 18). Na visão de William James, ele seria uma nova forma de ver antigas ideias, como aquelas ligadas ao utilitarismo de John Stuart Mill e o ceticismo do iluminismo escocês. Aliás, Sócrates já teria sido adepto do método pragmático, enquanto Aristóteles também o teria empregado metodicamente. Já Locke, Berkeley e Hume teriam feito contribuições momentâneas à verdade por seu intermédio. Shadworth Hodgson, por sua vez, teria insistido em que as realidades seriam somente o que sabemos delas. Mas James esclareceu que esses precursores do pragmatismo o utilizaram de maneira fragmentária, apenas o inaugurando. Somente na sua época essa filosofia se generalizaria, pretendendo uma missão universal de destino conquistador (1985, p.19).

É importante registrar, outrossim, que o conceito de pragmatismo não é limitado, o que permite sua compreensão de diversas formas. Nesse sentido, bem anotou Rafael Oliveira não existe um único pragmatismo homogêneo, mas diversas formas de sua compreensão, tendo em vista as influências de diferentes formas antigas do pensamento, tais como do darwinismo, do ceticismo e do empirismo da Antiguidade clássica (2012, p. 18).

isso, porém, não significa que os seus pensadores tradicionais deixaram de ter uma série de posições comuns. De forma geral, eles propugnaram a experiência como ponto de partida, fazendo-a servir como teste de verdade. Houve uma desvalorização dos debates conceituais e, em

contrapartida, uma valorização da análise dos resultados obtidos nos casos concretos, com base na experimentação. Em síntese, a abstração, característica da tradição filosófica anterior, cedia espaço para uma guinada empirista, a exigir, para validade de uma proposição, a demonstração de suas prováveis consequências (CARVALHO, 2006, p. 76).

Para James, o pragmatismo era uma teoria da inquirição da verdade. Foi ele quem o apresentou, pela primeira vez, à comunidade intelectual norte-americana, na Conferência *Philosophical Concept and Pratical Results*, em 1898, mas fazendo menção a Charles Peirce como o autor da ideia. Sustentou que para atingir uma clareza perfeita em nossos pensamentos precisamos apenas considerar quais os efeitos concebíveis de natureza prática que o objeto pensado pode envolver, assim como as sensações que daí devemos esperar e as reações que devemos preparar (1967, p. 40)

A filosofia pragmática de William James consagrou uma posição intermediária entre os racionalistas e os empiristas. Ele preconizava uma forma conciliatória, mas mediante o estabelecimento de uma conexão positiva com o mundo real. A perspectiva das coisas, então, foi modificada. Deixava-se de olhar de forma simplória para o objeto e prestigiava-se seus frutos, suas consequências (NASCIMENTO, 2011, p. 9).

Já Peirce entendia que a verdade tida pelo homem não apareceria como algo permanente, mas mutável conforme o caso ou perspectiva, por isso sendo sujeita à falibilidade. Essa doutrina da falibilidade apregoa que jamais podemos dizer que se atingiu a verdade última, porque ela está eternamente sujeita a testes de verificação concreta (1958, p. 212).

Na visão de Peirce, então, o pragmatismo seria muito mais um método do que propriamente uma teoria da verdade. Seria uma técnica auxiliar para facilitar a compreensão das questões metafísicas, por intermédio da investigação dos efeitos práticos, visando ao conhecimento do objeto de análise (VIANA, 2021, p. 87). Além disso, para ele a determinação do sentido de uma

concepção intelectual deveria considerar as consequências práticas pensáveis como resultantes necessariamente da verdade da referida concepção. Na mesma trilha, a soma dessas consequências constituiria o sentido total da concepção (1983, p. 8)

John Dewey, por sua vez, trabalhou com conceitos sujeitos à construção do tempo, associando-os à experiência, que realmente se anunciava como a novidade do pragmatismo, preocupado com as consequências, e não com os antecedentes, incentivando e possibilitando a ação criativa (RODRIGUES, 2008, p. 201). Para ele, o pragmatismo era uma filosofia de ação. Defendia a ideia do fluxo contínuo, segundo a qual a experiência determinaria um acréscimo às novas ações, que geravam novas experiências. Por isso que muitos nomeiam o pragmatismo de Dewey de instrumentalista, no sentido de instrumental da ação. Ele rejeitava, pois, o fundacionalismo. O pensamento seria, assim, sempre mutável (NASCIMENTO, 2016, p. 199).

Realmente, Dewey entendia que era equivocada a crença que considerava as consequências como um fator desprezível na conduta, destacando que os objetivos das ações correspondem às consequências previstas que influenciam a deliberação. Para ele, é insensatez agarrar-se a determinado fim único do qual se gosta e permitir que a visão desse fim apague da percepção todas as demais consequências não desejadas ou indesejáveis (1922, p. 223 e 229).

Por sua vez, ele também afirmava, de fato, que todo objeto idealizado deveria ser sugerido por algo experimentado de verdade, somente se tornando um fim quando elaborado em termos de condições concretas disponíveis para sua realização (1922, p. 235), de onde se infere a relevância dada à experiência e à prática em oposição a uma teoria isolada.

Mas as situações sociais se alteram, sustentava Dewey, de maneira que seria uma bobagem não observar como velhos princípios na realidade trabalham sob novas condições. Então, não os modificar impede que sejam instrumentos mais eficazes no julgamento de novos casos. A perpetuação de ideias desenvolvidas sob condições passadas gera equívocos, o que conduz à alternativa inteligente de rever, adaptar, expandir e alterar as regras, O problema é de continuidade readaptação vital (1922, p. 240).

Ainda poderíamos citar, dentre outros grandes pensadores, Holmes Jr., nesta parte relativa ao pragmatismo filosófico. Entretanto, considerando que ele ocupou o cargo de *justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, tendo enorme relação específica com o direito, deixaremos para abordar as suas ideias no âmbito do pragmatismo jurídico, sem esquecer da sua linha comum no pensamento pragmático.

Estabelecida uma base filosófica geral da matéria, apenas naquilo necessário a dar sequência à investigação, agora entremos especificamente no pragmatismo jurídico, ainda mais importante para avaliar a forma de trabalho do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em face de um único caso concreto.

## **2. O PRAGMATISMO JURÍDICO COMO DESDOBRAMENTO DO PENSAMENTO FILOSÓFICO**

Apesar de ser um desdobramento do pragmatismo filosófico, a vertente jurídica dele se desgarrar, pois o primeiro possui natureza prioritariamente acadêmica e complexa, com pouca relevância direta na atividade judicial, embora sirva como vetor de compreensão da gênese do

segundo. Daí a necessidade de, agora, abordar a concepção de forma estritamente relacionada ao direito.

Para alguns, a vertente jurídica do pragmatismo não apenas se aproxima do chamado realismo jurídico norte-americano<sup>2</sup>, mas até mesmo se equivale a ele (FREITAS, 2009, p. 12). Em contraste, contudo, também existe aqueles que interpretam o pensamento de Oliver Wendell Holmes Jr, pai do pragmatismo especialmente quando aplicado ao direito, como tendo sido firmemente convencional. Nesse sentido, ele acreditaria que proposições suficientemente concretas para decidir casos seriam decisivas, mais do que aspectos políticos, filosóficos ou de psicologia, o mesmo não acontecendo apenas diante de proposições mais gerais. Por isso, ele seria mais um antepassado do realismo do que um realista propriamente dito (SCHAUER, 2009, p. 126).

Mas esse debate, embora esse debate seja muito importante, ele não é essencial para investigar nossa hipótese. Em face do objetivo de apenas procurar as principais características do pragmatismo jurídico, para aferir se uma ou mais estão sendo utilizadas nos julgamentos do STF, aqui de forma limitada ao MI 4733/DF, nossa análise se restringirá a dois consagrados nomes que indiscutivelmente integram essa corrente: o mencionado Oliver Wendell Holmes Jr e Richard Posner, o primeiro mais antigo e já falecido, o segundo mais recente. A despeito de obviamente eles não falarem por todos os outros que seguem a mesma linha de pensamento, serão suficientes para o fim a que nos propomos. Dito de outra forma, com as explicações já efetuadas a respeito do pragmatismo filosófico, bem como mediante uma indicação do pensamento

---

<sup>2</sup> A escola do realismo jurídico tinha como premissa básica, em brevíssimo resumo, apenas para situar o leitor, a de que o direito seria o que o Poder Judiciário dizia que ele é, e não o que previa o formalismo jurídico (D'MACÊDO, 2013, p.2).

de Holmes Jr e Posner, teremos base bastante para decompor o pragmatismo jurídico nos seus elementos fundamentais.

### **3. O PRAGMATISMO JURÍDICO TRADICIONAL EM OLIVER WENDELL HOLMES JR.**

Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) foi professor da Universidade de Harvard, *justice* e *chief justice* (presidente) do Supremo Tribunal de Massachusetts, depois *justice* da Suprema Corte dos EUA. Era considerado um liberal, que não tolerava violações dos direitos civis, em especial da liberdade de expressão. Mas também acreditava que os tribunais não deviam impor ao povo suas teorias econômicas e sociais, aceitando a experiência social legislativa, muito embora a considerasse imprudente (MORRIS, 2015, p. 424).

Ele foi um dos grandes mentores do pragmatismo filosófico e o principal pioneiro da sua faceta jurídica. A influência desse pragmatismo clássico na sua formação específica é bem sintetizada em difundidas palavras suas:

A vida do direito não foi a lógica; foi a experiência. As necessidades sentidas em cada época, as teorias morais e políticas predominantes, intuições de ordem pública declaradas ou inconscientes, até os preconceitos que os juízes compartilham com os seus semelhantes, tiveram participação bem maior que o silogismo na determinação das normas que deveriam dirigir os homens. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação do curso de muitos séculos e não pode ser tratado como se apenas contivesse axiomas e corolários de um livro de matemática. Para saber o que é o direito, temos de saber o que foi e o que tende a ser (HOLMES, 1963, p. 29).

Já no seu “O caminho do direito”, Holmes Jr. criticou a teoria, dizendo que ela coloca a carroça à frente dos cavalos, considerando o direito ou

a obrigação como algo que exista independentemente das consequências de sua ofensa. Acrescentou que um direito ou dever legal não passa de uma previsão sobre o que alguém sofrerá em decorrência da certa conduta comissiva ou omissiva (1897, p. 2).

Salientando a importância prática de uma distinção entre moral e direito, asseverou que o homem mau teria muito mais razões que o bom para desejar evitar um encontro com a força pública. Por isso, seria a prática do direito que tenderia a formar bons cidadãos. Para conhecer o direito, haveria necessidade de colocar os olhos no homem mau, por ser ele que se preocupa apenas com as consequências materiais que pode prever como decorrência da sua conduta, enquanto o homem bom encontraria seus motivos para agir não só dentro dele, mas também fora, no mais vago da consciência (1897, p. 2 e 3).

À pergunta a respeito do que constitui direito, Holmes Jr. respondeu tomando em consideração e concordando com o homem mau. Disse que ele deseja descobrir o que os órgãos jurisdicionais provavelmente decidirão, conduzindo o direito às profecias sobre essas decisões. Se opôs, então, ao pensamento de que direito seria um sistema de razão no qual haveria uma dedução de princípio de ética ou de axiomas admitidos (1897, p. 4).

Holmes Jr. também atacava a ideia de que a única força em funcionamento no desenvolvimento do direito fosse a lógica, o que era chamado por ele de falácia. Admitiu que a linguagem da decisão judicial era sobretudo a linguagem da lógica, ansiosa por certeza, mas essa certeza seria, em geral, uma ilusão, por ser possível dar à forma lógica qualquer conclusão (1897, p. 8). Nessa linha, ele não acreditava na possibilidade em geral do uso de deduções para soluções, tampouco para a obtenção de resultados definitivos, dizendo que a afirmação contrária não seria aceita na prática (1897, p. 9).

Na mesma obra, ele também expôs um dever de os juízes ponderarem considerações de benefício social, afirmando que a repugnância em relação à questão deixaria desarticulado o verdadeiro terreno dos julgamentos, o que frequentemente ocorreria de forma inconsciente (1897, p. 10).

Defendendo o evolucionismo, continuou dizendo que seu adepto hesitaria em afirmar validade universal para os próprios ideais sociais, ou para os princípios que pensa que deveriam ser incorporados à legislação. Ele ficará contente se puder provar que são os melhores em determinado momento e local. O estudo racional do direito ainda seria uma grande extensão da história, porque sem ela não poderíamos precisar o escopo das regras que devemos conhecer (1897, p. 11).

Poderíamos permanecer na abordagem desse trabalho, mas considerando a necessidade de igualmente tecer considerações sobre mais um, passemos a ele, ainda que menor e menos importante para a busca das características do pragmatismo jurídico. Trata-se do seu “Direito Natural”, igualmente publicado na *Harvard Law Review*, agora já no ano de 1918.

Embora nesta análise, de alcance mais limitado, o foco aparente tenha sido numa crítica principal ao jusnaturalismo, o autor não deixa de abordar alguns elementos do pragmatismo jurídico. Ele começa falando, logo no primeiro parágrafo, do esforço do filósofo em provar que a verdade é absoluta, bem como do jurista por buscar critérios de validade universal colhidos sob o título do direito natural (1918, p. 40), com os quais ele discorda..

Relacionando o conceito de verdade apenas a uma aceitação majoritária, Holmes Jr. entendia que o seu teste não passa de uma referência a uma suposta maioria presente ou futura em favor de determinada visão. Definiu a verdade como um sistema de limitações intelectuais, que obteria objetividade

no fato de encontrar-se outra pessoa sujeita ao mesmo raciocínio em maior ou menor extensão, mas nunca inteiramente (1918, p. 40).

Já tivemos certeza de muitas coisas que não eram tão certas, dizia ele. Enquanto a experiência de alguém torna certas preferências dogmáticas para si mesmo, o reconhecimento de como elas vieram a ser assim permite ver que outros também podem ser dogmáticos em relação a alguma outra coisa (1918, p. 40 e 41).

Para Holmes Jr., os homens, em grande medida, acreditam no que querem, ainda que eles não vejam nisso uma base para uma filosofia, que nos diga o que nós deveríamos pretender querer. E a postura deles em relação ao universo não seria motivo para ficar insatisfeito, a menos que estivéssemos seguros de que nossas verdades fossem as verdades cósmicas, como se nossas conclusões fossem a palavra final de um todo inimaginável (1918, p. 43).

Holmes Jr. deixou um grande legado. Na Suprema Corte, foi sucedido por Benjamim Cardozo, o seu ídolo judicial (MORRIS, 2015, p. 424), o que o levou a apresentar uma semelhante filosofia de pensamento jurídico. Nessa linha, Cardozo se preocupou com a formação de texto normativo para o futuro, com sua elaboração judicial relacionada a realidades da vida, com o direito sendo um sistema vivo, com a importância de testes de experiência, com a ausência de verdades preestabelecidas que tivessem validade universal inflexível, com um fluxo perpétuo de mudança do direito, dentre vários outros aspectos que apontam as características do pragmatismo jurídico (CARDOZO, 2004, p. 2, 10 a 12 e 16).

Enfim, apresentadas algumas perspectivas do pragmatismo jurídico original de Oliver Wendel Holmes Jr., agora sigamos à sua vertente mais recente, a qual será apresentada, como dito, no pensamento de Richard Posner.

#### **4. O PRAGMATISMO JURÍDICO MAIS RECENTE EM RICHARD POSNER**

Como dissemos anteriormente, após um período de baixa do pragmatismo, foi com Rorty que ele se reergueu. Ele propôs uma teoria causal do conhecimento, segundo a qual conhecer não seria representar o objeto, e sim lidar com informações do ambiente que pudessem gerar efeitos nos organismos. Como neopragmatista, defendeu como centro gravitacional de preocupação das práticas investigativas a utilidade do conhecimento (1997, p. 55). Sob essa perspectiva, ele parece ter se aproximado do pragmatismo original, que era contra o modelo de ciência voltado para a própria ciência. O estudo só se justificaria na hipótese de apresentar uma utilidade social, ainda que de longo prazo, embora a preocupação fosse com o conhecimento de utilidade imediata. A teoria dependeria de comprovação por meio de evidências práticas, como ligação ao empirismo, embora esta corrente seja objeto de constante crítica dos pragmáticos.

No âmbito estritamente jurídico, porém, daremos ênfase a Richard Posner. Ele nasceu em 1939 e foi juiz do Tribunal Federal do sétimo circuito nos Estados Unidos por mais de trinta e cinco anos, além de ter sido professor da Universidade de Stanford por um curto período, seguindo depois à Universidade de Chicago, local em que ainda atua durante meio expediente. Ao longo da sua vida, abordou diversas áreas do conhecimento, não apenas o direito, mas, no que interessa para esta pesquisa, vamos nos restringir a parte do seu pensamento sobre o pragmatismo jurídico.

O seu “neopragmatismo”, de maior fôlego a partir da década de 80, tem como principais elementos os seguintes: descrença em entidades metafísicas, a exemplo de “verdade”, “realidade” e “natureza”, exame das

consequências e conformidade com as necessidades humanas e sociais (1991, p. 37).

Para Posner, no modelo jurídico de pragmatismo, não se deve utilizar teorias morais ou debates abstratos para a construção de decisões judiciais. Ele defende um formato livre de abstrações e retóricas, embasadas em ciências orientadas por investigações empíricas, tais como a economia e a lógica (2010, p. 62). Ressalte-se, contudo, que esse distanciamento das teorias não é simplesmente em razão da abstração que elas carregam consigo, porquanto todas as ciências dependem de um certo nível de abstração, mas sim em decorrência da utilização da abstração como ponto de bloqueio para o empirismo, ou seja, como bloqueio à atividade do aplicador do Direito. Em suma, Posner é hostil, apenas, à utilização de ideias abstratas como guia para as decisões judiciais, não sendo contra a teoria, em si, até porque o próprio pragmatismo jurídico também é uma teoria (2003, p. 398).

Ele não esquece, contudo, que o pragmatismo jurídico se aproxima da sua matriz filosófica. Nas duas bases, o passado é apenas uma referência, que será relevante apenas conforme sua utilidade para resolver questões atuais ou futuras. Nesse ponto, Posner ressalta que o esquecimento não é de todo ruim, pois permite que se liberte do atraso (2012, p. 358 e 380).

Importante registrar, quando se vai ao fundo na análise de Posner, é que ele distingue bem o pragmatismo do consequencialismo próprio do utilitarismo. Ao contrário deste, que visa obter as melhores consequências vislumbradas a partir de uma determinada ação – maximização dos resultados –, no pragmatismo o que se busca é encontrar uma solução razoável a partir da ponderação das possíveis consequências advindas de uma opção (SILVESTRE, QUIRINO, 2017, p. 95).

Na sua linha de raciocínio, há, outrossim, uma aproximação da prática do direito a outras ciências, por meio de um movimento que se influencia pelo pragmatismo, tangenciando a dogmática e se prestigiando o empirismo, adotando-se, assim, um modelo que se aproxima muito do que seria o

verdadeiro científico (POSNER, 2012, p. 19). Destarte, o seu pragmatismo jurídico traz para o processo decisório ferramentas metodológicas de outras áreas do saber, que se encaixam perfeitamente na perspectiva do principal aplicador do direito que é o magistrado. No processo decisório, esse ator central se vale de ferramentas de outras áreas, pois o direito é pensado como uma prática social e política (ARRUDA, 2011, p. 16).

Nessa forma de pensar, o direito, para ser conhecido, deve ser aplicado, o que passa pela atividade do juiz. Ao estipular uma proposição jurídica para resolver um caso concreto o magistrado estaria criando o direito. O texto legislativo seria somente um direito em potência, uma das diversas fontes acessíveis ao julgador para a solução da causa concreta, apenas podendo ser considerado direito se, ponderados os resultados possíveis, for considerada válida e útil para solucionar um conflito social.

Esse tipo de magistrado pragmático se encontra desinvestido do tradicionalismo jurídico, não se preocupando com a coerência e a sistematização do direito. Por isso que a segurança e a certeza jurídicas não são o centro de preocupação do aplicador adepto dessa forma de pensar. Suas ações dentro das práticas jurídicas são guiadas pelo objetivo predeterminado de satisfazer as necessidades sociais e humanas. Por isso que, para muitos, esse pragmatismo jurídico também poderia ser chamado de pragmatismo do cotidiano, por ter como norte sua inserção nas relações sociais do dia a dia<sup>3</sup>.

O chamado pragmatismo do cotidiano, para Posner, se orienta como critério norteador de decisão, como *the criterion of what works*<sup>4</sup> (POSNER, 1988, p. 251). Por isso que alguns criticam esse pragmatismo do cotidiano, pois seria uma política sem princípios, alheia à moral, o que, na visão dele, é

---

3 Embora esse não esteja entre os objetivos da pesquisa, é interessante frisar que o pragmatismo cotidiano não passa despercebido das críticas de muitos. Para Carvalho, por exemplo, ele se baseia em uma desconfiança radical em relação à influência que a filosofia política e a filosofia moral podem exercer no agir diário dos juristas. Amparado nessa premissa, defende a utilização do que seria um “senso comum” – darwinista, competitivo, pragmático – da atividade cotidiana dos juízes, incitando-os a agir com base em um raciocínio meramente instrumental, sem qualquer preocupação com considerações de ordem moral ou ética. Se, por um lado, essa ideia o aproxima de uma postura empírica e “realista”, de outro, leva-o às raias do cinismo, uma vez que se constitui como uma teoria, por assim dizer, anti-teórica, negativista (...) maquiavélica, sem pretensões (ou com diminutas pretensões) normativas e, finalmente, compatível com quaisquer concepções políticas (2006, p. 65).

4 Tradução: aquilo que funciona.

justamente o contrário, pois constitui a melhor forma de desviar o foco das teorias do Direito e da política.

Em síntese, o juiz pragmático de Posner não está comprometido com a norma jurídica que preexiste à sua decisão. Ela só é utilizada se suas estipulações forem úteis para a solução do caso em julgamento, em consonância com as necessidades sociais. Nesse perfil, o formalismo jurídico somente deveria ser observado se convergente com o resultado eleito pelo magistrado como de acordo com as demandas da sociedade que se busca atender.

Com efeito, ao definir o que seria uma decisão judicial pragmática, o professor da Universidade de Chicago ensina que ela mira os melhores resultados para o futuro. Não chega a desprezar o sistema de precedentes judiciais, que ainda serviria como orientação na busca de referências para a construção da decisão. Contudo, diferentemente do juiz formalista, que tem os precedentes como o fundamento de validade de suas decisões, o julgador pragmático os tem apenas como uma estratégia de julgamento e razoabilidade. Assim, no fundo, o juiz pragmático sempre busca os melhores resultados, sem qualquer coerência com o passado (POSNER, 2000, p. 4).

Por fim, é importante ressaltar que o pragmatismo jurídico, inserido em um modelo de capitalismo, com um acentuado traço de “darwinismo social”, figura como uma peça essencial na dinâmica de aplicação do direito no formato imediatista, marcado pela busca por resultados céleres e, notadamente, eficientes (NUNES, 2014, p. 371).

## **5. DECOMPONDO O PRAGMATISMO JURÍDICO NOS SEUS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS**

Tendo em vista o pensamento dos autores que abordamos até agora, sobretudo o pragmatismo jurídico tradicional de Holmes Jr. e o mais recente de

Richard Posner, podemos extrair algumas características dessa forma de pensar o direito: 1) o antifundacionalismo, resultado da não aceitação de abstrações, verdades absolutas, perpetuidade e universalidade, prevalecendo a provisoriedade do conhecimento; 2) o contextualismo, representado pela importância de interpretações que levem em consideração os benefícios sociais da decisão, pondo em relevo a cultura e as relações dentro da sociedade, sempre sob uma perspectiva empírica, isto é, prática; 3) o consequencialismo, decorrente da necessidade de escolhas com previsão, com olhar focado na tentativa de imaginar o melhor para o futuro, em uma espécie de futurologia.

Parte da doutrina tem identificado exatamente esses três pilares principais: o contextualismo, o consequencialismo e o antifundacionalismo (EISENBERG; POGREBINSCHI, 2002, p. 109). O papel do pragmatismo é auxiliar na compreensão de ideias difíceis de serem apreendidas, fugindo de fundações, aferindo as consequências de cada proposição no contexto ao qual estão inseridas (WELLS, 2000, p. 350).

Depreende-se da análise pragmática do direito um viés contextual, porque pressupõe que as proposições sejam julgadas baseadas na conformação com as necessidades humanas e sociais. Para isso, devem ser consideradas nessa conformação as situações problemáticas em que os resultados desejáveis são obtidos (BARRETTO, 2006, p. 656). Para se aferir, em um julgamento pragmático, aspectos contextuais, é preciso considerar as crenças políticas, religiosas, científica e tantas outras da sociedade, enfatizando os fatos, a importância social, o papel da comunidade, enfim, sobrelevando a prática como conceito fundamental (POGREBINSCHI, 2006, p. 127).

Nesse aspecto, o pragmatismo se aproxima em muito do empirismo, pois não se elege uma solução com base em mero palpite, e sim com base em

juízo de evidenciação a partir de testes práticos de resultado, a fim de garantir um mínimo grau de segurança na opção decisória.

Em sequência, o consequencialismo pode ser compreendido como a necessidade de se condicionar a formulação de uma proposição ao prévio teste de seus resultados possíveis. É a insistência de olhar para o futuro, e não para o passado, isto é, por meio de uma antecipação das consequências futuras (POGREBINSCHI, 2006, p. 128). O órgão decisor, quando é consequencialista, não deve se limitar a olhar para o caso concreto. É preciso que tenha uma percepção de mais longo alcance, enxergando os resultados para além da situação examinada. É necessário que faça um juízo sobre os prováveis efeitos da aplicação da norma, adotando-se a solução que se afigure consentânea com essa ponderação de resultados.

Por último, o pragmatismo é antifundacionista no sentido de repelir qualquer espécie de conceitos abstratos, dogmas ou entidades metafísicas como base de seu pensamento. Nesse aspecto, vislumbra-se a principal linha de contato da corrente filosófica do pragmatismo com a sua vertente jurídica, ao se pressupor, pelo antifundacionalismo, que não há verdades absolutas, estáticas e imutáveis, até porque as relações sociais estão em constante processo de mutação. Não é possível, pois, a garantia de respostas finais prontas e definitivas.

Noutro trilhar, pode-se extrair como ideia do antifundacionalismo a assertiva de que não é possível firmar-se uma resposta para casos similares a partir da investigação de uma hipótese examinada. É preciso, na análise pragmática, que se levem em consideração as circunstâncias próprias do caso julgado, não sendo possível, no futuro, chegar a uma mesma conclusão a partir de uma hipótese semelhante. Sob tal aspecto, pontua Pogrebinschi:

Neste sentido, o antifundacionalismo muitas vezes se converte em falibilismo, na medida em que a inesgotabilidade do processo investigatório faz com que cada tentativa de conclusão seja antes uma nova fonte de informação passível de colocar a investigação novamente em marcha, revisando e corrigindo a si mesma permanentemente (2005, p. 38).

Enfim, apresentados os elementos fundamentais do pragmatismo jurídico, finalmente passemos ao estudo da fundamentação do acórdão proferido pelo STF no julgamento do MI 4733/DF, um dos que terminou por criminalizar a homofobia e transfobia.

## **6. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO STF E O PRAGMATISMO JURÍDICO**

Antes de começar o estudo de caso com base nas teorias do pragmatismo apresentadas anteriormente, insta salientar a evidente ausência de espaço suficiente para comentar todos os detalhes do correspondente julgamento. O inteiro teor do acórdão proferido no MI 4733/DF possui 282 páginas,<sup>5</sup> com tamanho muito maior do que o limite espacial desta pesquisa. Diante da mesma limitação, não temos como abordar o julgamento da ADO 26/DF,<sup>6</sup> proposta conjuntamente sobre o mesmo tema, uma vez que dela resultou acórdão de 566 laudas. Assim, nos concentraremos apenas nas partes que consideramos mais importantes para responder a nossa pergunta de

---

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 4733-DF. Partes: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, Congresso Nacional, Advogado-Geral da União. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. DJe de 25 de outubro de 2013. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em 04 de novembro de 2021.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26-DF. Partes: Partido Popular Socialista, Congresso Nacional, Presidente do Senado Federal. Rel. Ministro Celso de Mello. DJ de 13 de junho de 2019. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/939911266/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-ado-26-df-9996923-6420131000000?ref=serp>>. Acesso em 04 de novembro de 2021.

pesquisa, ou seja, para avaliar eventual influência do pragmatismo jurídico na fundamentação da decisão, conscientemente ou não.

Como mencionado anteriormente, a questão controvertida resumiu-se à alegada omissão do Poder Legislativo em tipificar como infração penal os atos atentatórios aos direitos fundamentais dos integrantes da comunidade de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgênero - LGBT.

A Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT utilizou ação injuncional com vistas a suprir a alegada mora do legislador na regulamentação do dispositivo constitucional que trata, no art. 5º, inciso XLI, de “discriminações atentatórias a direitos fundamentais”,<sup>7</sup> para equiparar a homofobia e a transfobia às espécies do gênero racismo.

No Brasil, o fenômeno da homofobia não é novo e a preocupação no combate às perseguições em razão da orientação sexual ganhou fôlego nos anos 80, após diversos avanços na década anterior com as pautas relacionadas à liberdade sexual. Nesse contexto, quando da Assembleia Constituinte de 1988, tentou-se incluir no texto constitucional a proibição de discriminação por orientação sexual, no art. 3º, inciso IV, mas a proposta não teve êxito no colegiado parlamentar (MASIERO, 2014). A utilização do pragmatismo, porém, não seria um obstáculo, sob esse aspecto, à adoção de uma posição judicial distintana atualidade, considerando que sua característica antifundacionista vai de encontro à perpetuidade estática do conhecimento, das interpretações e das conclusões, aderindo a uma flexibilidade que, dentro do espaço deixado pelo texto legislativo, permite uma interpretação evolucionista.

Pois bem. Para o relator, o ministro Edson Fachin, o que estaria a ensejar a pronta intervenção do Poder Judiciário, além de vários outros argumentos, seria a existência de recorrentes notícias sobre agressões contra

---

7 “XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;”

pessoas integrantes do grupo LGBT no país, reforçadas pelo Relatório Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex nas Américas, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que atesta que o Brasil é o país com maior índice de violência contra essa parcela da população<sup>8</sup>.

Para agravar o cenário, disse ele, a exigir uma ação firme estatal, o citado Relatório acentuou a invisibilidade dos pobres e negros, que, dentro do grupo LGBTI, são os mais agredidos, a reforçar o grau de exclusão a que estão sujeitos e a demonstrar a gravidade da inércia do poder legiferante. Para além da questão central discutida - falta de legislação protegendo pessoas contra a violência em razão da orientação sexual, haveria um agravamento do quadro excludente imposto aos negros e pobres.

O Ministro Edson Fachin invocou, ainda, um precedente do qual ele foi relator, no qual ficou definido que “o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero” e que a “identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de desconstituí-la.”<sup>9</sup>

Veja-se que, para o Ministro Fachin, em contexto de graves casos de violência contra o grupo LGBT, impunha-se o entendimento de que a regulamentação do art. 5º, XLI, da Constituição Federal teria sido insuficiente, porque deixou à margem da regulamentação a previsão de punição para práticas ofensivas contra pessoas em razão de orientação sexual ou identidade de gênero. Para além de reconhecer que o referido dispositivo constitucional careceu de regulamentação integral, urgia uma atuação firme do STF naquele

---

8 (OAS/Ser.L/V/II.rev.1/ Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 124, tradução livre)

9 ADI 4.275, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o Acórdão Min. Edson Fachin, acórdão ainda pendente de publicação.

momento, em razão do contexto atual de violência reconhecida em diversos relatórios internacionais.

Nessa linha de pensamento, em situações de normalidade institucional, com índices de violência dentro do esperado em um país subdesenvolvido, talvez o órgão de cúpula do Poder Judiciário não tivesse adotado a mesma postura. Fica bem evidenciado, para nós, que a solução adotada passa pela aplicação, principal ou complementar, do pragmatismo jurídico, sob o viés do contextualismo. Embora não tenha sido objeto de abordagem explícita no voto ora examinado, o caminho nele trilhado se escora na consequência prática esperada pelo magistrado, qual seja, a redução da violência contra essa relevante camada social, o que decorreria do agravamento da punição aos transgressores. Ademais, na linha do julgador pragmático de Posner, mencionado acima, o uso do precedente pode ter acontecido com simples estratégia de julgamento e razoabilidade.

O então ministro Celso de Mello apenas disse acompanhar inteiramente o voto do relator, até porque o MI 4733/DF foi apreciado em conjunto com a ADO 26/DF, na qual ele foi o relator e emitiu longo voto. De toda forma, ao seguir integralmente o pronunciamento do ministro Fachin no julgamento em análise, não deixou de seguir o seu pragmatismo jurídico para a solução apresentada.

O ministro Luís Roberto Barroso, ainda nas suas notas introdutórias, trouxe dados do relatório “Violência LGBTFóbicas no Brasil: dados da violência”<sup>10</sup>, relatando as denúncias envolvendo práticas contra a população LGBTI+. Reportou-se, em seguida, aos diversos rumorosos casos de violências brutais contra tal camada social, noticiados na imprensa.

Ainda nesse início do voto, o ministro registrou duas colocações importantes. Primeiro, assinalou ser “à luz desse contexto que a questão constitucional deve ser solucionada”. Logo em seguida, afirmou que “não se

---

10 Disponível em: [www.mdh.gov.br/biblioteca/consultorias/lgbt/violencialgbtfobicasno-brasil-dados-da-violencia](http://www.mdh.gov.br/biblioteca/consultorias/lgbt/violencialgbtfobicasno-brasil-dados-da-violencia). Acesso em 26/04/2022.

interpreta o direito em abstrato. Interpreta-se à luz da realidade. A realidade que vigora no momento presente”.

Mais adiante, assinalou que a comunidade LGBT representa um grupo de vulneráveis, historicamente vítima de preconceito, discriminação e violência, não somente praticada pelos particulares, mas até mesmo pelo Estado. Sob tal singularidade, entendeu que não se está tratando, no julgamento do *mandamus*, de uma preocupação com a liberdade sexual dessa parcela da população, mas com a preservação da integridade física e psíquica, ou até mesmo da vida dessas pessoas.

Ele chegou a frisar que em questões econômicas, administrativas, sociais, dentre outras, é de rigor que se deixe ao Poder Legislativo uma maior liberdade para escolha do conteúdo da normatização, além do momento de sua atuação, exigindo-se do STF uma maior autocontenção. No entanto, quando se refere aos direitos fundamentais, para cuja proteção o órgão de cúpula é vocacionado, a atuação proativa não somente é esperada, configurando-se como um imperativo constitucional.

Para além de tudo isso, afirmou que não houve nenhum registro consistente de redução das práticas criminosas dessa natureza nos Estados que adotaram medidas administrativas para punir transgressores aos direitos dessa minoria. Em síntese, um dos fundamentos adotados pelo magistrado para concluir pela premência da edição de uma lei própria para criminalizar as condutas dolosas praticadas em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero coincidiria com os resultados insatisfatórios obtidos com outra sorte de punição adotada de forma localizada no território brasileiro. Logo, além do contextualismo quase explícito, a nossa leitura é de uma preocupação igualmente consequencialista do ministro no rumo do seu voto.

A ministra Rosa Weber inaugurou seu voto, enaltecendo representantes da cultura mundial que, na história recente, a despeito de sua proeminência nas artes, foram perseguidos em razão de sua orientação sexual. Apesar disso e de mencionar traços distintivos e peculiares envolvendo as minorias envolvidas, no geral ela se limitou a apresentar argumentos jurídicos para conhecer o mandado de injunção, em razão do transcurso de lapso temporal considerável, à luz dos diversos precedentes recentes do STF. No mérito, considerou que havia elementos permitindo o alargamento do conceito do racismo, no caso concreto, a autorizar a aplicação da Lei 7.716/89. Porém, é mais difícil encontrar referências, mesmo nas entrelinhas, a elementos do pragmatismo jurídico no seu voto.

Em linha diversa, o ministro Luiz Fux retomou uma forte carga pragmática que permeia o julgamento do MI 4733, relatando os diversos casos de violência de caráter homofóbico reiteradamente noticiados na imprensa e mencionados no relatório elaborado pelo Ministério de Direitos Humanos, que traz um número considerável de registros de agressões contra pessoas em razão da orientação sexual e da identidade de gênero. Ademais, alude a documentos transnacionais que reportam preocupação mundial com os níveis epidêmicos da violência homofóbica.

O ministro ressaltou que todo esse cenário de violência reiterada contra uma minoria determinada, sem que se vislumbre qualquer reflexo das políticas até agora adotadas nas mais diversas áreas, impõe ao poder público a obrigação de busca de soluções mais eficazes na luta contra esse preconceito arraigado na sociedade. Para ele, uma dessas alternativas é justamente o reconhecimento da proteção estatal insuficiente dos direitos fundamentais desse grupo minoritário, a exigir, diante do vácuo, a atuação judicial do órgão de cúpula.

Esses argumentos lançados pelo ministro nos parecem de natureza contextual, por refletirem um posicionamento que leva em conta as raízes dos conflitos verificados no seio social em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero. Demais disso, na linha do pragmatismo jurídico, seguiu avançando com ponderações sobre o resultado útil do processo.

Realmente, ele ressaltou que a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas implica mudança na cultura do povo, não apenas pela força imperativa que detém uma decisão do STF, mas, sobretudo, com a melhora da autoestima da camada social protegida, ao gerar uma sensação de pertencimento à sociedade. Na esteira de pensadores modernos, o reconhecimento jurídico da existência de conflitos na sociedade em razão da opressão de um grupo seria capaz de atrair um sentimento de solidariedade, o que teria o condão de reduzir ou pacificar os conflitos sociais, conforme ressaltaria Axel Honneth, citado pelo julgador.

No mesmo trilhar, frisou o ministro que a preocupação com ações afirmativas, em momento anterior, gerou, a abertura de mercado de trabalho, a abertura de vagas em universidade, a abertura da vida em sociedade para os afrodescendentes e, nesse ponto, é isso que se espera da criminalização do preconceito contra a comunidade LGBT. Quando se está diante de uma gama de possibilidade decisórias e adota-se um caminho a partir da avaliação da utilidade dos resultados esperados, vislumbra-se um caráter nitidamente consequencialista no julgado. E mais: ao se rejeitar a existência de uma cultura estática, aparentou também reforçar uma rejeição ao fundacionalismo.

A ministra Carmen Lúcia, por sua vez, após admitir o manejo do mandado de injunção na hipótese, na esteira dos fundamentos lançados pelo relator, relatou as dificuldades enfrentadas pelos transexuais, já reportadas no RE 670.422, com repercussão geral, quando se postulava a alteração de gênero no registro civil sem a necessidade de cirurgia de redesignação de sexo.

Com postura igualmente contextualista, ela salientou que o enquadramento como racismo, nos termos formulados pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos anteriores, é medida que se impõe para superar a trágica perseguição sofrida por tal agrupamento humano, com desrespeito à sua dignidade. A nossa análise é de que a “subsunção” da opressão da violação a direitos fundamentais dessa minoria ao conceito de racismo não se deveu, na essência, a razões de natureza gramatical do termo, mas por motivos primordialmente factuais, históricos e contextuais.

Na linha de outros julgadores, ela também expôs que o Brasil é o com o maior número de assassinatos de homossexuais e transexuais pela sua condição pessoal, citando, como exemplo da importância do julgamento, o linchamento público a que foi submetido a travesti Dandara dos Santos, atacada com “chutes, pauladas, transportada em um carrinho de mão a um terreno baldio em que foi executada a tiros. Um dentre quantas centenas de crimes brutais de ódio, que torturam ceifam a vida de filhos, de pais, de mães, de brasileiros e brasileiras abandonados pelo Estado em sua condição humana (...)”, nas palavras da julgadora.

Prosseguindo na linha contextualista, concluiu que esse quadro de barbárie acontece, principalmente, devido à carência de proteção à dignidade dessa camada social, ante a falta de censura normativa aos movimentos de ódio, conquanto a Constituição da República repudie qualquer forma de discriminação, remetendo à lei ordinária a missão de conter os processos históricos de perseguição contra os homossexuais e os transexuais. Ela invocou, então, Alexandre de Moreira Van Der Broocke, para deixar registrado que a convivência em sociedade é inerente à condição do ser humano, que é vocacionado para se relacionar com o seu semelhante, cabendo ao direito penal assegurar tal convivência de forma sadia, contendo os impulsos instintivos próprios do homem.

O ministro Ricardo Lewandowski abriu divergência ao se contrapor ao conhecimento do mandado de injunção, sendo seguido pelo ministro Dias Toffoli de forma bem resumida. No mérito, mesmo sendo igualmente vencido, não deixou de colocar que, as vítimas dessas condutas discriminatórias correspondem a parcela da sociedade formada por indivíduos, cujos direitos fundamentais, estão ameaçados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero, por serem minorias, finda por ser vítima de preconceito e violência, demandando uma especial proteção do Estado.

Ele também acentuou, invocando as ponderações de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Chiavelli Fazenda Falavigno e Jéssica da Mata, que os poderes constituídos possuem uma dívida histórica com os grupos oprimidos em razão da desigualdade de gênero, ao contribuírem, com sua inércia, para o aumento da violência doméstica e homofóbica e o crescimento vertiginoso do encarceramento feminino.

O ministro observou que o combate a tais práticas dirigidas a essa minoria depende, sobretudo, de mudanças culturais complexas que, em prosperando, aos poucos repercutirão no repertório jurídico e policial, afirmação que a um só tempo refuta o fundacionalismo e leva em consideração o contextualismo. Entretanto, e nesse particular prevaleceu o viés consequencialista do seu voto, disse ser necessário dar-se um primeiro passo que seria apenas o reconhecimento da mora legislativa, o que, porém, concomitantemente, apresentou o forte argumento técnico de se tratar de matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta.

De seu turno, o ministro Gilmar Mendes apresentou fundamentação que parece pouco ter base nos elementos do pragmatismo jurídico. Ele afirmou que o art. 5º, XLI, da CF/88, previu uma proteção integral contra toda forma de discriminação, não amparada pela Lei 7.716/89, a chamada de Lei Antirracismo, afirmando que tal cláusula de proteção integral se extrai não só da

evolução legislativa<sup>11</sup>, como também da jurisprudência do STF sobre a matéria, sobretudo quando do julgamento da HC 82.424/RS. Sob o seu prisma, portanto, dita norma constitucional apenas foi regulamentada em parte, havendo, pois, uma omissão inconstitucional parcial.

Sobre o reconhecimento da liberdade de orientação sexual, ele ressaltou que, nos julgamentos da ADI 4.277<sup>12</sup> e da ADPF 132<sup>13</sup>, o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro conferiu interpretação ao art. 226, §3,º da Constituição, conforme a própria Constituição<sup>14</sup>, reconhecendo os efeitos da união estável não apenas aos casais heterossexuais, para estendê-lo também às uniões homoafetivas.

Ao que nos parece, apenas nessa parte há uma refutação ao fundacionalismo típico do pragmatismo, o que se deduz da menção à evolução legislativa e dos próprios precedentes, os quais, agora utilizados, não significariam exatamente a adoção de uma perspectiva estática e perpétua do

---

11 Posteriormente foi editada a Lei 8.081/90, que consagrou a reprovabilidade dos atos de indução à discriminação, a Lei 9.459/97, que acrescentou a discriminação resultante da etnia, religião ou procedência nacional.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277-DF. Partes: Procurador-Geral da República, Presidente da República, Congresso Nacional, Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família. Rel. Ministro Ayres Britto. DJ de 14 de outubro de 2011. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df>>. Acesso em 01 de maio de 2022.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277-DF. Partes: Procurador-Geral da República, Presidente da República, Congresso Nacional, Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família, Eduardo Bastos Furtado de Mendonça, Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais, Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais, Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais, Rodolfo Compart de Moraes, Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, Thiago Bottino do Amaral, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, Caprice Camargo Jacewicz, Instituto Brasileiro de Direito de Família, Rodrigo da Cunha Pereira, Sociedade Brasileira de Direito Público, Evorah Lusci Costa Cardoso, Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo, Fernando Quaresma de Azevedo, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Felipe Inácio Zanchet Magalhães, Associação Eduardo Banks, Ralph Anzolin Lichote. DJ de 14 de outubro de 2011. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-tj-stf>>. Acesso em 01 de maio de 2022.

14 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

direito, mas apenas a referência ao atual entendimento como uma estratégia de julgamento “razoável”.

Fora isso, a análise pareceu mais relacionada a aspectos teóricos, sem considerar o contexto fático do momento ou uma escolha com previsão das consequências futuras da decisão. Citando o pensamento de Peter Häberle sobre a interpretação pluralista e, sobretudo, acerca do pensamento possível, ele reconheceu como viável a solução encontrada nos votos anteriores pela aplicação da Lei 7.716/89 às hipóteses de discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero.

Assinalou que a possibilidade de adoção da sentença aditiva, termo cunhado no Direito Italiano e que vem sendo amplamente aceito na doutrina alienígena, como solução provisória, enquanto não editado o instrumento normativo reclamado pelo texto constitucional, vem sendo admitida na jurisprudência do STF e aplicada nos mandados de injunção desde então a partir do julgamento dos *Mis* que tratavam do direito de greve. Alertou, ainda, que o legislador trilhou o caminho seguido pela Corte, ao editar a Lei 13.300/2016, tornando possível a adoção de sentença de perfil aditivo, com a estipulação de uma norma já existente no ordenamento jurídico brasileiro para regular as relações jurídicas cuja norma constitucional reclama a edição de um diploma legal específico para discipliná-las.

Finalmente, fazendo referência Mauro Capelletti, enfatizou o papel do Poder Judiciário, em um *Welfare State*, na defesa de direitos fundamentais de minorias, buscando evitar críticas ao ativismo judicial, em razão do ambiente de desconfiança entre poderes, hipertrofia de alguns deles e de comportamento errático do Parlamento no tratamento da matéria.

O então ministro Marco Aurélio Mello também contextualizou a violência que tem sido dispensada às minorias homossexuais e transexuais, em virtude da orientação sexual e identidade de gênero, pondo em relevo,

indiretamente, esse importante elemento do pragmatismo jurídico. Dito de outra maneira, utilizando-se dessa filosofia, como muitos outros que o precederam, passou a contextualizar o grave quadro de violência sofrido pelo grupo de vulneráveis envolvido no processo, reconhecendo a proteção ainda insuficiente que tem sido oferecida à comunidade LGBT.

Ele frisou, contudo, que o STF não tem falhado nas demandas que têm surgido acerca da concretização de seus direitos fundamentais, além de sempre se conformar com os limites impostos pelo texto constitucional. Então, ele percorreu caminho diverso da maioria, aproximando-se da conclusão do ministro Lewandowski, ao expor que não é possível criar um tipo penal por decisão judicial, diante do princípio da legalidade estrita que norteia a aplicação do Direito Penal.

Com a inadmissão do mandado de injunção, o Ministro Marco Aurélio Mello demonstrou que, embora não venha sendo, provavelmente, esse o caminho trilhado pelo STF, é possível reconhecer a necessidade de assumir uma posição mais enérgica em relação ao tratamento legislativo dispensado a uma matéria, diante do contexto vivenciado pela sociedade, mas sem concluir pela necessidade de uma atuação mais proativa da Corte Suprema, o que exorbitaria, para ele e para muitos, a sua esfera de competência constitucionalmente definida. Nessa parte do voto, portanto, verifica-se uma autocontenção imposta para refrear a atuação pragmática do órgão colegiado na sua faceta consequentialista, o que pode colocar sua posição no meio termo, ao menos no julgamento da causa examinada, aceitando e negando uns e outros elementos da corrente filosófica em estudo.

Assim, embora isso não tenha acontecido com a totalidade dos ministros, verifica-se no geral que houve a utilização, em maior ou menor dimensão, intencional ou não, consciente ou não, das características do pragmatismo jurídico como critério de interpretação do ordenamento jurídico

vigente, sobretudo constitucional, o que se afirma, ao menos, em razão do julgamento proferido no caso estudado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Para se entender a gênese do pragmatismo jurídico e examinar a sua influência nos julgados do Supremo Tribunal Federal, foi necessário voltar-se à concepção inicial do pragmatismo clássico-filosófico, por meio do qual, seja como teoria do significado ou teoria da verdade, a conceituação de um objeto depende das consequências práticas experimentadas na sua formulação e testagem.

Além desse contextualismo que considera o plano fático como base para a formulação de um conceito, também ganham destaque a falibilidade que pôs em xeque a perpetuidade estática de conceitos abstratos que conduzissem a uma verdade absoluta, ao que veio a ser chamado de antifundacionalismo. Com ele, os conceitos passaram a ser considerados mais fluidos, mais flexíveis, sujeitos a modificações com novas percepções dos resultados experimentados, o que também abriu espaço para uma perspectiva consequencialista, que influenciaria as escolhas com base em previsões de uma melhor imagem do futuro. Tudo isso foi objeto do pragmatismo jurídico original de Oliver Wendell Holmes Jr e do mais recente, abraçado por Richard Posner.

Nessa linha, ao estudar o inteiro teor do acórdão proferido no julgamento do MI 4733/DF pudemos confirmar nossa hipótese inicial, embora não em sua inteireza, no sentido de realmente ter havido uso das características do pragmatismo jurídico para a fundamentação da decisão do Supremo Tribunal Federal. Como vimos, quase todos os ministros, até mesmo os que terminaram vencidos na conclusão, utilizaram-se de razões antifundacionalistas, contextualistas ou consequencialista na justificação de suas posições.

Essa conclusão, é importante repetir, é restrita ao caso estudado, sem a pretensão, e mesmo sem a possibilidade, de generalizá-la para a totalidade ou para uma grande quantidade de decisões oriundas da Corte Suprema. A utilidade da pesquisa está, em primeiro lugar, na análise de uma causa muito importante, que teve grande repercussão no cenário jurídico e social do país. Em segundo lugar, ela serve como uma sugestão de possível tendência geral que esteja sendo eventualmente adotada nas ações e recursos relevantes distribuídos no referido tribunal.

Por último, não custa ressaltar que a constatação decorrente deste estudo não conduz à afirmação, por si só, de ter havido necessariamente um equívoco da decisão. Nos casos de textos legislativos vagos, que admitam mais de uma leitura em certa situação, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais, pensamos que inúmeros critérios podem ser utilizados na tarefa interpretativa, sem uma exclusão do uso dos elementos que são oriundos do pragmatismo jurídico.

Aliás, uma das substanciais modificações estabelecidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o Decreto-Lei n.º 4.657/42, pela Lei n.º 13.665/18, é questão inerente à hermenêutica. Ela incorporou justamente uma das facetas do pragmatismo jurídico de forma explícita ao ordenamento jurídico brasileiro, consignando, no seu art. 20, que todas as decisões proferidas não só no âmbito administrativo, como também judicial, devem sopesar as consequências práticas que poderiam delas surgir<sup>15</sup>. Em outras palavras, a imprecisão dos textos legislativos, inerente especialmente aos direitos fundamentais, além de vários outros critérios interpretativos agora também pode considerar um método consequencialista de interpretação, decorrente do pragmatismo jurídico, ainda que sob o ponto de vista ideológico isso seja questionável.

---

15 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Diante disso, talvez o maior problema esteja apenas na ausência de um rigor metodológico nos julgamentos do STF, não obstante uma maior precisão seja possivelmente difícil de conseguir diante do estágio atual da teoria do direito e da hermenêutica jurídica. De qualquer forma, nossa pesquisa traz reflexões sobre o uso de critérios inerentes ao pragmatismo para a interpretação de outros assuntos criminais, inclusive com uma preocupação que gira em torno da ampliação do direito penal protetor dos direitos fundamentais. O mesmo raciocínio aplicado à homofobia e transfobia vale para a misoginia, para a gordofobia, para outras formas de discriminação e para a tutela de direitos fundamentais em geral? É a provocação que fazemos à academia jurídica nacional, sobretudo aos penalistas.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A Guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. Tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Constituição, democracia e integridade: A legitimidade política da jurisdição constitucional no Brasil**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

DEWEY, John. **Human Nature and Conduct: an Introduction to Social Psychology**. New York: Henry Holt and Company, 1922.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. *In: Novos Estudos CEBRAP*, v. 62, p. 107-121, 2002.

FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **O direito comum**: as origens do direito anglo-americano. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1963.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The Path of the Law. *In: Harvard Law Review*, 10, 457, p. 1-20, 1897. Disponível em <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>. Acesso em: 07/07/2022.

HOLMES JR., Oliver Wendell. Natural Law. *In: Harvard Law Review*, v. 32, n. 1, p. 40-44, 1918. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1327676?seq=1>. Acesso em: 09/07/2022.

JAMES, William. **Pragmatismo e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Lidador, 1967.

JAMES, William. **Pragmatismo e outros textos**. 2. ed. Trad. Jorge Caetano da Silva e Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

MASIERO, Clara Moura. **O movimento LGBT e a homofobia**: novas perspectivas de políticas sociais e criminais. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução de Reynaldo Guarany. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2015.

NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães do. Pragmatismo: uma filosofia da ação. *In: Redescobertas*, v. 3, n. 1, 2011.

NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães do. Articulação entre a epistemologia pragmatista de John Dewey e o seu projeto pedagógico de Vida e Educação. *In: Linguagens, Educação e Sociedade*, v. 1, n. 35, p. 190-210, 2016.

NUNES, Rafael Alves. O Pragmatismo Jurídico: sua influência na formação de juristas tecnicistas e os riscos para o Estado Democrático de Direito. *In: FREITAS, Lorena de Melo; CATÃO, Adrualdo de Lima; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. (Orgs.), Teorias da decisão e realismo jurídico*. Florianópolis: Conpedi, p. 366-384, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades Institucionais - As novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. Belo Horizonte: **RBDP**, 2012.

WELLS, Catherine Pierce. Why Pragmatism Works For Me. **Southern California Law Review**, v. 74, p. 347-360, 2000.

PEIRCE, Charles Sanders. **Collected Papers of Charles Sanders Peirce**. Cambridge: Harvard University Press, 1958. 8v.

PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos coligidos**. Trad. Armando Mora D'Oliveira e Sérgio Pomerangblum. 3ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: Teoria Social e Política**. São Paulo: Relume Dumare, 2005.

POGREBINSCHI, Thamy. **Será o neopragmatismo pragmatista?** Interpelando Richard Rorty. Novos estudos CEBRAP, p. 125 a 138, 2006.

POSNER, Richard A. Pragmatic Adjudication. **The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture**. Edited by Morris Dickstein. Durham: Duke University Press, 1988.

POSNER, Richard A. **What has Pragmatism to Offer Law?** *In: BRINT, Michael; WEAVER, William (Coords.) Pragmatism In Law & Society*. Oxford: Westview Press, 1991.

POSNER, Richard A. **Introduction: Pragmatism, Economics and Liberalism. Overcoming Law.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

POSNER, Richard A. **Law, pragmatismo and democracy.** Cambridge: Massachusetts: Harvard Press, 2003.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RODRIGUES, Cassiano Terra. O desenvolvimento do pragmatismo segundo Dewey. *In: Cognitio: Revista de Filosofia*, v. 5, n. 2, 2008.

RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning.** Harvard University Press: Massachusetts, 2009.

SHOOK, John. **Os pioneiros do pragmatismo americano.** Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2002.

SILVESTRE, Matheus Meott; QUIRINO, Carina de Castro. A Jurisdição em Tempos de Crise: O pragmatismo como metateoria prudente. *In: FILHO, Enoque Feitosa Sobreira; JERÓNIMO, Patrícia; ARAUJO, Alexandra Maria Rodrigues. (Orgs.), Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico.* Florianópolis: CONPEDI, p. 86-105, 2017.

VIANA, Giovanni Meneses. **Ensinar filosofia à maneira pragmatista: a contribuição filosófica de Charles S. Peirce.** Cadernos do Nefi, v. 3, n. 1, p. 84-109, 2021.

WAAL, Cornelis de. **Sobrepragmatismo.** Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007.