

DIREITO

V.9 • N.1 • 2022 - Fluxo Contínuo

ISSN Digital: 2316-381X

ISSN Impresso: 2316-3321

DOI: 10.17564/2316-381X.2022v9n1p235-250



O ATIVISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA: ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADO N. 26 E MI 4733/DF

EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LA PENALIZACIÓN DE LA HOMOFOBIA
Y TRANSFOBIA: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA ADO N. 26 Y
MI 4733/DF

JUDICIAL ACTIVISM AND THE CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA
AND TRANSPHOBIA: ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF ADO N. 26
AND MI 4733/DF

Aloísio Bolwerk¹
Paulo Vítor Souza Gomes²

RESUMO

O presente artigo teve o condão de investigar a prática do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o conseqüente caráter legislador que permeia a atividade dessa Corte no país. Para tanto, foi feito uma análise geral da conjuntura institucional brasileira, em que se discorreu e definiu acerca da Tripartição de Poderes, competências de ofício e princípios inerentes aos Poderes da Administração. Examinou-se e conceituou-se o controle de constitucionalidade em suas variações: difuso e concentrado. Em seguida, percorreu-se sobre o julgado consumado da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e do Mandado de Injunção 4733/DF com enfoque à legitimidade desse caso enquanto instrumento de repercussão geral e inovação ao ordenamento jurídico. Ulteriormente, percebeu-se o posicionamento doutrinário a respeito do assunto, buscando discernimentos e princípios que auxiliam a categorizar essa produção normativa jurisprudencial em seu caráter necessário ou decorrente. Por fim, passou-se à análise da necessidade de sujeição do ativismo judicial à percepção constitucional e ao sistema de pesos e contrapesos da administração.

PALAVRAS-CHAVES

Ativismo Judicial. Interpretação do Supremo Tribunal Federal. Criminalização da homofobia e transfobia.

ABSTRACT

The present article had the power to investigate the practice of judicial activism of the Federal Supreme Court and the consequent legislating character that permeates the activity of this Court in the country. In order to do so, a general analysis of the Brazilian institutional context was carried out, in which the Tripartition of Powers, official competences and principles inherent to the Powers of Administration were discussed and defined. It was examined and conceptualized the control of constitutionality in its variations: diffuse and concentrated. Then, the final judgment of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission 26/DF and the Writ of Injunction 4733/DF focused on the legitimacy of this case as an instrument of general repercussion and innovation to the legal system. Subsequently, the doctrinal position on the subject was perceived, seeking insights and principles that help to categorize this jurisprudential normative production in its necessary or consequential character. Finally, the analysis of the need to subject judicial activism to the constitutional perception and the system of checks and balances of the administration was analyzed.

KEYWORDS

Judicial activism. Interpretation of the Federal Supreme Court. Criminalization of homophobia and transphobia.

RESUMEN

El presente artículo tuvo la potestad de investigar la práctica del activismo judicial del Supremo Tribunal Federal y el consecuente carácter legislativo que impregna la actividad de este Tribunal en el país. Para ello, se realizó un análisis general del contexto institucional brasileño, en el que se discutieron y definieron la Tripartición de Poderes, las competencias oficiales y los principios inherentes a los Poderes de Administración. Se examinó y conceptualizó el control de constitucionalidad en sus variantes: difusa y concentrada. Luego, la sentencia definitiva de la Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión 26/DF y la Acción Cautelar 4733/DF se centró en la legitimidad de este caso como instrumento de repercusión general y de innovación al ordenamiento jurídico. Posteriormente, se percibió la posición doctrinaria sobre el tema, buscando intuiciones y principios que ayuden a categorizar esta producción normativa jurisprudencial en su carácter necesario o consecuencial. Finalmente, se analizó el análisis de la necesidad de someter el activismo judicial a la percepción constitucional y el sistema de pesos y contrapesos de la administración.

PALABRAS CLAVE

Activismo judicial. Interpretación del Supremo Tribunal Federal. Criminalización de la homofobia y la transfobia.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar o exercício do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal a partir da apuração prática e documental do julgado em enfoque e seus impactos no ordenamento jurídico do país. A investigação fará uso de uma abordagem dialética, haja vista que a base de sustentação empírica proposta será predominantemente argumentativa.

Parte-se de um balanço histórico acerca das constantes mutações na forma de governo – percebidas em quase todo o mundo – que encontraram, na democracia, certa estabilidade. O arranjo de distribuição de poder dentre os mais variados elementos do Estado, por sua vez, se firmou na corrente da *Tripartite*, ou tripartição de poderes, idealizada por Aristóteles e, posteriormente, acepilhada por Montesquieu, pelas formulações em sua obra “O Espírito das Leis”, no contexto de transição entre idade moderna e contemporânea.

O Estado brasileiro, exatamente assim caracterizado, preza pela harmonia e independência entre os Três Poderes, nos termos do artigo 2º do Texto Constitucional. Ocorre que, por força do mesmo texto, a Constituição brasileira alçou o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário no país, à função de guardião da constituição, na perspectiva de fiscalizar os demais poderes e garantir que atuem dentro da constitucionalidade.

A corrente pesquisa se estrutura justamente nessa conduta afirmativa da Suprema Corte, azo em que se esculpe o conceito de ativismo judicial. A inércia legislativa em corresponder os anseios sociais provoca a expansão do Poder Judiciário para efetivar os Direitos Fundamentais, haja vista o compromisso desse órgão em realizar o controle constitucional.

Legislar, porém, não é uma função típica do Poder Judiciário. Conquanto seu conteúdo decisório esteja, necessariamente, vinculado à atividade legislativa, a crescente demanda judicial envolvendo uma série de assuntos de índole constitucional tem provocado uma expansão das atribuições judiciais que compromete a linha tênue entre as qualificações de cada poder. O regime intervencionista do poder judiciário abre espaço para uma consecutiva aprovação desse frente aos demais.

Nesse sentido, no curso do estudo, pretende-se adentrar o julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n.26 que teve seu julgamento concorrente ao Mandado de Injunção n. 4.733/DF.

O objetivo em apreço é analisar isoladamente essa decisão judicial para estabelecer distinções e, de maneira consequente, os limites do ativismo judicial que por um lado exerce o controle constitucional e normatiza desígnios populares, mas, por outro lado, assume competências controversas, que ultrapassam os limites plausíveis da interferência judicial e ofendem o Estado Democrático de Direito.

O problema levantado pela pesquisa questiona a capacidade interpretativa da Suprema Corte dentro de cada matéria deliberada no plenário acerca do julgado supramencionado, orientando-se sempre aos princípios constitucionais e ao legítimo exercício típico de constitucionalidade.

Na trajetória da investigação serão apresentadas pontuações doutrinárias que concernam a temática juntamente com as avaliações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal cujo propósito é evidenciar, na própria análise prática, o papel desempenhado por esse órgão no cenário político brasileiro.

De tal modo, o estudo procura encontrar, nas particularidades da jurisprudência, a razoabilidade pretendida pela Corte Constitucional Brasileira em sua postura proeminente. Assim, a intenção conclusiva esperada se dá no sentido de a decisão examinada estar de acordo ou não com o arcabouço jurídico adotado pela Lei Maior.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

É precípuo entender, antes mesmo de dissertar sobre o desígnio do estudo, a formação da estrutura de Separação dos Poderes. Conquanto cedido o entendimento de que o Poder do Estado é uno e indivisível, sabe-se, em verdade, que o exercício desse poder é difuso. É nesse diapasão que se solidifica a Teoria dos Três Poderes.

O Estado Brasileiro, em conformidade com suas disposições constitucionais, opera sob o regime democrático, em que o poder – exercido de forma representativa – é alicerçado na Teoria da Tripartição dos Poderes. Veja-se a redação do Art. 2º da Constituição Federal de 1988: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Consequente, a própria Constituição Federal (CF)/88 consagrou, de modo recíproco, a possibilidade de interferência do Poder Judiciário nas demais esferas quando efetiva em suas disposições a possibilidade de delegar certas funções atípicas a este. Ocorre que, certamente por consequência de um período de transição de um regime autoritário para um sistema democrático na qual foi grafada, a Constituição Brasileira, na tentativa de resguardar a estrutura política do país, fortaleceu a figura do Judiciário, alçando o Supremo Tribunal Federal à posição de “Guardião da Constituição”. Acerca disso, Veríssimo (2009, p. 411) explica:

Adicionalmente, o texto constitucional transformou em regra jurídica um conjunto amplo e por vezes contraditório de anseios sociais e políticos, consagrando ideais de liberdade individual e igualdade material, propriedade e redistribuição de renda, liberdade de empresa e dirigismo econômico. Outorgou à justiça a tarefa de implementar esse plano difuso de ação e ampliou significativamente os mecanismos de acesso que instrumentalizam esse ideal.

A aplicação e advento do termo ativismo judicial não é proveniência brasileira. Em verdade, ainda persistem certas discussões no meio jurídico acerca do primeiro registro do uso da terminologia. Apesar disso, muitos pesquisadores corroboram no entendimento de que o marco do ativismo judicial

se deu nos Estados Unidos, no ano de 1947, em um artigo escrito pelo jornalista Arthur M. Schlesinger Jr, intitulado de *The Supreme Court*.

A interpretação majoritária atribuída ao termo, por sua vez, é exatamente a mesma sobre a qual discorre essa pesquisa, qual seja a qualificação da atividade da Suprema Corte em seu caráter extensivo e proativo.

Por outro prisma, conquanto não exista ainda um conceito fechado para classificação do termo, a maioria da doutrina confere seu sentido à incorporação mais ampla e intensa do Judiciário na promoção dos valores e pretensões constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Ainda acerca de conceituação, apesar do ativismo judicial possuir uma estreita relação e derivar em boa parte do mesmo marco constitucional que o fenômeno da judicialização da política, suas terminologias não se confundem. Essa última representa a abertura para uma ampla atividade do judiciário frente à crescente demanda social, quando prestações de direitos não foram devidamente endossadas pelos demais poderes, enquanto o ativismo refere-se, mormente, à proatividade interpretativa e mutação constitucional.

Sobre essa distinção, veja-se o que discorre o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luiz Roberto Barroso (2016, p. 232):

A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.

No Brasil, inegável se confirmar que a importação e o fortalecimento das práticas ativistas e de judicialização decorrem em especial do advento da Constituição da Nova República, vez que essa, caracterizada pelo codinome de “Constituição Cidadã”, ampliou de maneira significativa a tutela dos direitos fundamentais e incumbiu ao Poder Judiciário à função de afirmar tais garantias, reforçando, inclusive, o status de “protetor constitucional” do STF. Nas palavras de Tassinari (2012, p. 22):

Apesar de tudo isso, não se pode discordar da leitura do fenômeno da judicialização da política como produto das transformações ocorridas no Direito com o advento de um novo texto constitucional. Em outras palavras, é sabido que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário.

Dessa forma, fica demonstrado que a extensão do fenômeno ativista desempenhado pela Suprema Corte Brasileira tem suas origens legitimadas na Carta Magna de 1988. Com isso, não raro, essa Corte incorpora a responsabilidade pela pacificação de uma série de desígnios populares.

Não se pode, entretanto, nesse aspecto, gerar falsa percepção da realidade a retratar o ativismo judicial como se fosse um mero exercício deliberativo do Poder Judiciário realizado de forma involuntária. Até porque, a jurisdição é inerte e necessita ser provocada. A prestação jurisdicional somente se procederá em decorrência de solicitação, em respeito ao Princípio da Inércia Jurisdicional. Em corroboração, expõe o doutrinador Ovídio Baptista: “A jurisdição, diz-se, é uma função inerte que só se põe em movimento quando ativada por aquele que invoca a proteção jurisdicional do Estado” (SILVA, 2002, p. 62).

Logo, o certame de atividades judiciárias, inclusive aquelas que englobam o gênero do ativismo são resultado de uma ausência ou inércia dos demais poderes na garantia de direitos e prestação do bem coletivo. Dessa forma, diante da lacuna jurídica ocasionada pela inércia dos demais poderes – em especial do Legislativo – o Judiciário é demandado e se projeta de modo a eleger direitos coletivos positivados em textos constitucionais.

Para Leal (2008, p. 104), no modelo de repartição de Poderes, quando um Poder se enfraquece, outro cresce. Nessa esteira, afirma que o recente fortalecimento do Supremo Tribunal Federal decorre de certo enfraquecimento dos demais Poderes. Assim, para suprir as lacunas deixadas por esses Poderes, a atuação do Poder Judiciário, notadamente do Tribunal Constitucional, é fundamental para fazer valer a Constituição e suas garantias.

Nesta etapa, sendo provocado a decidir o que outros ramos do governo, por ação ou omissão, deixaram de observar e acabaram por descumprir as disposições constitucionais, o Supremo Tribunal Federal se torna mais propenso a adotar uma postura de ativismo para garantir que o Estado cumpra com suas prerrogativas de efetividade dos direitos fundamentais.

Um dos principais pontos a serem levados em consideração, portanto, é a morosidade característica da estrutura política do país, contemplando assim os três poderes. Isso porque, o tempo demandado pelo Legislativo, por exemplo, para editar normas, frente a necessidade de celeridade em assuntos que envolvem dissídios populares polêmicos provoca, de certo, a legitimação da postura ativista judiciária.

Assim, para grande parte do tecido social, o judiciário, se tornou uma ferramenta para concretizar as aspirações democráticas da sociedade – justificante direta também da judicialização da política. No entendimento de Bruno Henrique Gonçalves: “Com a existência de direitos constitucionais dependentes de políticas públicas por parte do Estado, os tribunais são chamados a interferir na realização e efetivação dos preceitos constitucionais” (GONÇALVES, 2013, p. 42).

Ainda, nos ensinamentos de Barroso (2016, p. 232), confirma-se que esse fenômeno se instala principalmente em situações de retratação do Poder Legislativo, em que ocorre um certo distanciamento entre a sociedade civil e classe política, obstruindo a efetivação de certas demandas sociais.

Nessa seita, diante da desarrazoada letargia do poder legislativo, a questão decorrente acaba indo para o Supremo Tribunal Federal, que em alguns casos tem dado sua decisão normativa ao decidir a questão, levantando debates acerca da usurpação de função típica de outro poder.

Além disso, a Constituição de 1988 também trouxe em sua composição alterações expressivas acerca da própria atividade de fiscalização constitucional. A nova feição adotada foi construída por força do Princípio da Supremacia Constitucional. Nessa previsão, nenhum ato jurídico ou qualquer expressão de vontade pode se sobrepor à Constituição ou ao menos subsistir no mundo jurídico se incompatível com as previsões constitucionais.

Segundo Barroso (2016, p. 23):

A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

Destarte, a Carta Magna é alocada em posição de superioridade em relação aos demais atos do ordenamento jurídico, e a realização do mecanismo de controle de constitucionalidade é a prerrogativa utilizada para manutenção desse cenário. Nos dizeres de Alexandre de Moraes (2020, p. 1351), controle de constitucionalidade é verificação da “adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.

De se ver, portanto, que houve acertada preocupação do legislador em esquematizar o controle de constitucionalidade como uma verdadeira manutenção da supremacia constitucional, insta salientar que se trata da norma em que está estabelecido a estruturação do Estado e sua organização, as normas fundamentais, os direitos e garantias do ser humano além das cláusulas pétreas do sistema jurídico.

Foi assegurado, caminhando no mesmo sentido dessas orientações, aos três braços do Estado a possibilidade de realizar o controle de Constitucionalidade. O Legislativo mediante o exercício do controle preventivo no âmbito das comissões de constituição e justiça das casas legislativas, o Executivo que é realizado logo após aprovação na casa legislativa – dado a possibilidade do veto – e, por fim, o Judiciário que exerce um controle repressivo de constitucionalidade, tanto em sua modalidade difusa, no contexto dos juízes e tribunais, bem como em sua modalidade concentrada (STF, 2019).

O eixo de relevância para esse estudo se pauta no controle repressivo, que em verdade, representa o sentido estrito do sistema de controle de constitucionalidade e é a regra adotada no Direito Constitucional Brasileiro. Isso porque, a Constituição de 1988 designou ao STF os principais mecanismos de controle e adequação das normas inferiores na disposição hierárquica do conjunto de leis. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal exerce, entre nós, o papel de Corte Constitucional. A esse respeito, Hans Kelsen, idealizador do controle de constitucionalidade, defende essa colocação de um único órgão para exercer o controle de constitucionalidade:

[...] se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. (KELSEN, 1985, p. 288 apud MORAES, 2020, p. 1384).

Superado esse contexto, tem-se que, no Brasil, a competência do STF para desempenhar o controle de constitucionalidade decorre da própria redação da Carta constitucional. Sobre esse aspecto, ressalvados os casos de competência recursal, o rol de competências originárias da Suprema Corte que legitimam as hipóteses de controle de constitucionalidade é taxativo e está presente no Art.102 da CRFB. Veja-se trecho do dispositivo:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 3, de 1993) [...].

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” (CF/88, art. 102).

Dessa forma, resta demonstrado que o constituinte de 1988 provocou intensas transformações institucionais no Brasil. A dilatação do rol de legitimidade para movimentação do controle concentrado de constitucionalidade é certamente protagonista dessa transformação pois valorizou ainda mais o controle via Ação Direta. Igualmente, outro ponto de reforma trazido pela CF/88 foi a incorporação da denominada inconstitucionalidade por omissão que se refere à inércia do legislador quando da elaboração de atos normativos indispensáveis ao cumprimento das resoluções constitucionais.

Ocorre, nessa sequência, que a intensificação da atuação do Poder Judiciário – motivada pela omissão dos demais poderes e consubstanciada pelo arranjo constitucional – é a fertilização necessária para o desdobramento do ativismo judicial nas incumbências da Suprema Corte, substituindo-se ao legislador.

Ainda, sobre esse entendimento, consoante afirma Tavares (2006, p. 23), as questões que se implicam o controle jurisdicional de constitucionalidade são as principais responsáveis pelas distorções acerca dos limites da atuação do Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Nessa forma de controle (concentrado) é que, por vezes, alega-se o desrespeito, por parte do Poder Judiciário, aos limites impostos à criatividade da jurisprudência. Sendo assim, é justamente a conjunção entre o ativismo judicial e os meios de controle de constitucionalidade do STF que cria a área de intersecção pretendida pelo estudo e doravante abordada por uma análise prática.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA SOB A ÓTICA INTERPRETATIVA DO STF

Ainda na senda de investigação prática da aplicabilidade do ativismo judicial, relevante trazer a lume o julgado de 2019 do STF que criminalizou a homofobia e transfobia no Brasil.

Primordialmente, cabe ressaltar que o intento dessa abordagem não é esgotar o mérito da demanda ou os reflexos benéficos da criminalização da conduta dentro da sociedade civil, até porque nenhuma faceta de preconceito ou discriminação pode ser admitida ou suportada, consoante ao que preza o texto constitucional em seu Art.3º, inciso IV: “IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Logo, o foco aqui é fazer uma leitura do julgado sob uma ótica crítica do comportamento da Corte Constitucional em matéria de ativismo judicial.

O feito se deu por circunstância do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26/DF e do Mandado de injunção (MI) 4.733/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello e Edson Fachin, respectivamente.

Tanto a ADO, de autoria do Partido Popular Socialista (PPS), como o MI que tinha como autor a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, centraram o objeto de sua demanda no reconhecimento da mora legislativa em compor disposição legal que criminalizasse a conduta de homofobia e transfobia no país. Com base nesse pressuposto, requereram a equiparação de tais condutas ao crime da Lei 7.716/89 – lei do crime de racismo.

A tese, que tramitou pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal por quase 7 anos, decidiu, na data de 13/06/2019, por 8 votos a 3, pela criminalização da homofobia e transfobia com aplicação por analogia à lei do racismo, um feito um tanto quanto inédito do ponto de vista da proatividade jurisprudencial.

Não subsistem incertezas, nesse ponto, quanto a percepção clara de ativismo judicial na postura da Corte diante do reconhecimento da nova criminalização. O impasse, com efeito, surge de dois aspectos em especial: a implementação de uma nova tipificação penal via STF e não via legislativa como rege a Carta Constitucional e a técnica analógica imperfeita enquanto o recurso interpretativo empreendido.

Ocorre que, não se pode ignorar jamais, em matéria penal, a prevalência do princípio da reserva legal, do qual decorre a máxima: *Nullum crimes nulla poena sine legge*, prevista também no art.1 do Código Penal (CP): “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Assim sendo, não pode a Corte Constitucional, a partir de uma decisão judicial, criar um tipo penal para a homofobia e transfobia quando também a Constituição, considerado o que dispõe o art.5º, inciso XXXIX, exige a reserva absoluta de lei em “sentido formal e material”.

Não cabe, pois, ao Poder Judiciário atuar em condição de legislador positivo afastando as diretrizes do sistema constitucional brasileiro. A esse respeito, sustenta o Ministro Celso de Melo, com relação as pretensões do julgamento da ADO 26/DF:

É que a pretensão em referência – por importar em inadmissível substituição do Congresso Nacional – veicula clara transgressão ao postulado constitucional da separação de poderes e, também, ofensa manifesta ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penal.

Como se sabe, a definição típica das condutas delituosas está subordinada ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei formal (CF, art. 5º, XXXIX), o que inviabiliza qualquer pleito cujo acolhimento implique desconsideração dessa garantia fundamental, segundo a qual não há crime nem pena sem lei anterior que os defina, excluída, portanto, a possibilidade de utilização de provimento jurisdicional como sucedâneo de norma legal. (MELO, STF, ADO 26, 2019, p. 62).

Do contrário, a competência do Legislativo estaria sendo gradativamente esvaziada por usurpação do Judiciário de atividade que lhe é essencialmente estranha. Imperioso ponderar, nesse aspecto, a morosidade do Congresso Nacional em legislar sobre a temática. Apesar disso, a tentativa jurídica de neutralizar a ausência de norma regulamentadora solapou competências e desabonou a própria Lei Maior. Conforme o ministro Ricardo Lewandowski, a Corte não detém autonomia de elaborar um novo tipo penal (embora fosse tentada a enveredar por esse caminho em algumas oportunidades):

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta. (LEWANDOWSKI, STF, ADO/26, 2019, p. 512).

Ademais, a aludida criminalização também chama atenção para o processo de interpretação analógica em que se sustentou. Isso porque, por óbvio, o posicionamento da Colenda Corte não editou propriamente um novo tipo penal para criminalizar o comportamento homotransfóbico – até porque, como sedimentado alhures, não possui qualquer legitimidade para tal. No entanto, configurou o mesmo efeito prático de tipificação a partir de sua perspectiva analógica que estendeu para a conduta discriminatória em questão a cominação penal do crime de racismo, além da inafiançabilidade e imprescritibilidade – que, por sinal são características excepcionais previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Para a maioria do Supremo, a interpretação se tratava de uma prestação jurídica de adequação constitucional à realidade brasileira. Nos termos do Acórdão proferido pela Colenda Corte:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para : a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI +; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99; **d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI + , em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja , ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão;**

(BRASIL, STF, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26/DF. Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, data de Julgamento: 13/06/2019, data de Publicação: 06/10/2020).

O argumento suscitado pelo Tribunal não é merecedor de qualquer endosso jurídico pois, na realidade, o artifício de analogia utilizado faz desdobramentos penais que, claramente, não observam os princípios da Legalidade e da Reserva Legal necessária.

Além do mais, de acordo com Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 123) a analogia é um processo de autointegração, onde por meio desta, será produzido uma norma penal, com o objetivo de preencher a lacuna legal. Ressalva-se aqui, entretanto, que o Direito Brasileiro não admite a aplicabilidade de prática analógica nas normas incriminadoras, isto é, não se pode proceder com aplicação de sanção para condutas que não possuem previsão legal expressa. Trata-se do Princípio da vedação a analogia *in malam partem*.

Com isso, não bastasse à ausência de legitimidade para a inédita criminalização, a própria natureza da técnica empreendida, qual seja a analogia *in malam partem*, representa um vício execrado pelo sistema normativo-jurídico. Conforme replica Rogério Grecco (2017, p. 1506), observado o princípio da legalidade, o uso de analogias para prejudicar o réu é indubitavelmente proibido, seja ampliando o rol de hipóteses agravantes, ou mesmo o próprio texto penal, para abarcar possibilidades não previstas em lei.

Luís Roberto Barroso, quando da defesa de seu voto – favorável às decisões proferidas – no julgamento da ADO/26 e do MI 4.733/DF, justifica que não há a ocorrência de analogia *in malam partem*, mas sim uma reinterpretação e “amadurecimento” do conceito de racismo, de modo a açambarcar as condutas de discriminação contra a comunidade LGBTQI+, para o ministro, a interpretação adotada:

Não se trata aqui da criação de condutas criminosas pela via judicial, de tipificação por analogia ou de analogia *in malam partem*. Trata-se, na verdade, de reinterpretar o conceito de raça de forma consentânea com a definição que o STF lhe atribuiu há mais de quinze anos [...]. (BARROSO, STF. ADO 26, 2019, p. 299).

Vejamos que, apesar do respeitável posicionamento do ministro, da minuciosa leitura da Lei 7.716/89 (Lei do Racismo), não é possível abstrair semelhanças de conteúdo material suficientes para aconchegar a discriminação decorrente da homotransfobia. O dispositivo é objetivo, a ausência de teor de similaridade afasta os fundamentos da tese perpetrada.

E não poderia ser diferente, a atual legislação que criminaliza a prática do racismo no Brasil foi redigida em 1989, todavia, a trajetória da população negra na luta pela implementação de leis de combate à discriminação é datada de muito antes. A Lei 7.716/89, diferentemente das normas genéricas do repertório penal, foi redigida sob um enredo muito específico.

Assim, incorre em solecismo o ministro Barroso em razoar que o termo “racismo” carece de amadurecimento a ser realizado por discricionariedade do intérprete. Muito pelo contrário, a terminologia da palavra é derivada de um embasamento social de décadas e o projeto de lei que fora aprovado em 1989 carrega também uma simbologia histórica.

Ainda quando da votação da presente demanda no plenário da Suprema Corte, o ministro Marco Aurélio reconheceu em seu voto a emergência e obrigatoriedade da criminalização das condutas aqui discutidas, todavia, por não entender a possibilidade de extensão do significado de racismo, percebe que o recurso analógico incorreria, inegavelmente, em analogia *in malam partem*, além de ferir os princípios da reserva legal e da separação de poderes. Para o ministro, não se pode ampliar a Lei do Racismo em virtude da taxatividade dos delitos expressamente nela previstos:

Descabe, para o fim de tipificar determinada conduta, o enquadramento da homofobia e da transfobia “no conceito ontológico-constitucional de racismo”. **O reconhecimento da taxatividade dos preceitos – os quais não podem ser tomados como meramente exemplificativos e desprovidos de significado preciso – rechaça a ampliação do conteúdo proibitivo dos tipos versados na Lei nº 7.716/1989** a partir de eventual identidade considerados os pressupostos justificadores da criminalização, sob pena de ter-se o esvaziamento dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores (raça, cor, etnia, religião e procedência nacional) – os quais, repita-se, apenas comportam operação exegética estrita, vinculada aos limites do texto. (AURÉLIO apud ROXIN, STF, ADO 26, 2019, p. 58).

Desse modo, a própria natureza jurídica do recurso interpretativo da Corte é defeituosa. A Lei 7.716/1989, ao versar acerca da discriminação ou o preconceito considerado “a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional”, não aprecia aquela decorrente da orientação sexual, na medida em que “possuir orientação sexual diversa de outrem, ou mesmo se identificar como sendo de gênero diverso, não as tornam pessoas de raças distintas” (BRAGA, 2019, p. 153).

Destarte, a interpretação do STF conforme a Constituição para equiparar os atos de homofobia e transfobia à lei do racismo é uma decisão manifestadamente desarrazoada, haja visto a afronta à uma série de princípios constitucionais, dos quais destaca-se os princípios da legalidade, da taxatividade, da reserva legal, da vedação de analogia *in malam partem* e, por fim, o princípio da separação de poderes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme pronunciado na introdução, esse artigo teve como escopo a percepção do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal corroborado por uma análise prática do julgado que versa sobre a criminalização da homofobia e transfobia no ordenamento jurídico brasileiro.

Por essa premissa, dedicou-se, a priori, em uma breve contextualização do arranjo político, em ponderar que o ativismo judicial brasileiro tem sido amplamente estimulado em decorrência de falhas significativas e sistêmicas dentro da estrutura governamental do país, que traduzem certa ineficiência do Legislativo e omissão do Executivo.

Em seguida, aprouzou-se considerações necessárias à individualização do ativismo judicial de judicialização da política enquanto fenômenos distintos, mas, provenientes de um mesmo marco cons-

titucional. Em seus aspectos gerais, a proeminência judicial liga-se à judicialização da política, ao passo que o ativismo é mais bem adjetivado enquanto um recurso interpretativo do Poder Judiciário.

Uma vez estabelecidas essas premissas, examinou-se a razoabilidade da decisão proferida pela Suprema Corte quando do julgamento da criminalização da homofobia e transfobia no Brasil (Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão 26/DF e Mandado de Injunção 4733/DF), em que se demonstrou a inadequabilidade da medida judicial em equiparar essas condutas àquelas tipificadas no crime de racismo, da Lei 7.716/89.

Concluiu-se que a hermenêutica desempenhada pela Suprema Corte é insalubre para o ordenamento jurídico vigente ao proceder com um mandado de criminalização sem qualquer legitimidade para o exercício legislativo. Ainda, valendo-se de um instrumento jurídico – analogia *in malam partem* – que é expressamente proibido pelo Direito Penal. Notou-se que a decisão proferida viola o regime da reserva legal e da legalidade que são princípios basilares em matéria penal.

Apontou, também, algumas controvérsias dos votos dos ministros cujo posicionamento fora favorável à criminalização, pois, ainda que se reconhecesse uma abordagem mais ampla para a terminologia do racismo, a técnica interpretativa analógica é deliberadamente inapropriada para inaugurar um novo tipo penal.

Por fim, a todo tempo, o trabalho chamou atenção para a carência legislativa dessa matéria e o decorrente anseio judiciário em pacificar uma demanda pertinente ao meio social. Todavia, demonstrou por meio dos elementos suscitados que a decisão da corte acarreta, na contramão, em violação a outras garantias e princípios constitucionais, com destaque para a pedra angular de todo o sistema jurídico-político qual seja o princípio da separação dos poderes.

Portanto, ainda que por mais legítimos e nobres certas manifestações da Colenda Corte em estancar brechas legislativas, a criatividade interpretativa há de se compatibilizar, em toda rijeza, com os princípios estruturantes do organismo jurídico. Não se pode admitir a criação de direitos e garantias, mesmo que em controle de constitucionalidade, por meio do solapamento de outras competências e diretrizes constitucionais sob risco de incorrer o Judiciário em ameaça à democracia e ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/3989-O-Controlde-de-Constitucionalidade-no-Direito-Brasilero-Luis-Roberto-Barroso-7a-edio.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRAGA, Matheus Andrade. **A legalidade penal em tempos de ativismo judicial**: uma análise crítica da decisão do supremo tribunal federal no “caso da homofobia”. Nas entrelinhas da jurisdição constitucional: estudos críticos sobre o constitucionalismo à brasileira. Fortaleza: Mucuripe, 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 2.848**. de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 maio 2022.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GONÇALVES, Bruno Henrique. **Da judicialização da política ao ativismo judicial**: uma análise constitucional democrática do protagonismo judicial - em busca de uma legitimação da decisão jurídica, 2013. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/conteudo/dissertacoes/20e41d024c8dc35c0a5fcc79ee80f7a.pdf>. Acesso em: 2 maio 2022.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do supremo tribunal federal**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/87/1/disserta%C3%A7%C3%A3o_Saul%20Tourinho%20Leal.pdf. Acesso em: 30 abr. 2022.

MACHADO, Hugo de Brito. **Uma introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Dialética, 2000.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. 3. ed. Introdução e notas de Gonzague Truc. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/39447/4975-Alexandre-de-Moraes-Direito-Constitucional-36ed.pdf>. Acesso em: 2 maio 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2002. p. 58. Disponível em: https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/politica_criminal_y_sistema_del_derecho_penal_-_roxin_claus.pdf. Acesso em: 20 maio 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STF – Supremo Tribunal Federal. **MI 4.733/DF**, de 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 23 maio 2022.

STF – Supremo Tribunal Federal. **ADO 26**, de 13 de junho 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 23 maio 2022.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 2 maio 2022.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Rev. Direito GV**, São Paulo, 2008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3923101/mod_resource/content/1/DES0119-A5-Verissimo.pdf. Acesso em: 25 abr. 2022.

Recebido em: 20 de Agosto de 2022

Avaliado em: 18 de Setembro de 2022

Aceito em: 22 de Setembro de 2022



A autenticidade desse artigo pode ser conferida no site <https://periodicos.set.edu.br>

Copyright (c) 2022 Revista Interfaces Científicas - Direito



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

1 Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos e Doutorado em Direito Privado (com distinção magna cum laude) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Adjunto da Fundação Universidade Federal do Tocantins. Professor Permanente do Programa de Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT/ESMAT. E-mail: bolwerk@uft.edu.br

2 Bacharelado em Direito.
E-mail: vitor.gomes@mail.uft.edu.br

