

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
IVIANNY LUÍZA GONÇALVES CRESCÊNCIO**

**Ativismo Judicial e Democracia: uma análise crítica da atuação do
Supremo Tribunal Federal na ADO 26 e no MI 4733**

**Juiz de Fora
2019**

IVIANNY LUÍZA GONÇALVES CRESCÊNCIO

**Ativismo Judicial e Democracia: uma análise crítica da atuação do
Supremo Tribunal Federal na ADO 26 e no MI 4733**

Trabalho de Conclusão de
Curso apresentado à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz
de Fora, como requisito parcial
para obtenção do grau de
Bacharel. Na área de
concentração Direito sob
orientação do Prof.(a) Dr.
Bruno Stigert de Sousa

**Juiz de Fora
2019**

FOLHA DE APROVAÇÃO

IVIANNY LUÍZA GONÇALVES CRESCÊNCIO

Ativismo Judicial e Democracia: uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal na ADO 26 e no MI 4733

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Bruno Stigert de Sousa
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Ms. Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Advogada Dr^a. Camila Machado Corrêa
Comissão de Direito Humanos da OAB Subseção Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 14 de novembro de 2019

Dedico este trabalho à minha mãe Kátia e avó Ilza pelo apoio incondicional ao meu sonho e por me permitirem realizá-lo. Ao meu avô Zezinho (*in memoriam*), por ser minha inspiração e anjo protetor.

Agradeço ao meu orientador Bruno pela amizade, incentivo ao longo da graduação e por acreditar nas ideias que apresentei. À minha mãe Kátia pela paciência, compreensão e força. Aos meus amigos, na pessoa da Anna Luísa, e à minha irmã Izadora, por auxiliarem a driblar toda ansiedade e insegurança desse final de ciclo. Por fim, a todos que contribuíram para minha formação como profissional e ser humano. À Faculdade de Direito da UFJF por todas as oportunidades que me foram apresentadas ao longo desses 5 anos.

“Há quem diga que todas as noites são de sonhos. Mas há também quem garanta que nem todas, só as de verão. No fundo, isto não tem muita importância. O que interessa mesmo não é a noite em si, são os sonhos. Sonhos que o homem sonha sempre, em todos os lugares, em todas as épocas do ano, dormindo ou acordado.” William Shakespeare

RESUMO

Este artigo tem por objetivo realizar uma análise da conduta do Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADO 26 e o MI 4733, que versam sobre a equiparação dos crimes motivados por LGBTfobia ao racismo, tipificado no artigo 1º da Lei 7.916/1989. Averiguou-se o risco do ativismo judicial à Separação dos Poderes prevista na Constituição Federal e à legitimidade democrática para a tomada de determinadas decisões. Analisando, assim, se nos julgados em tela houve invasão da competência constitucional do Poder Legislativo, pelo Judiciário, para editar normas penais incriminadoras, insculpida no artigo 22, I da Carta Magna. Para tanto, fez-se uso de revisão bibliográfica, com o levantamento de arcabouço teórico, doutrinário e jurisprudencial acerca do tema. Norteado pelo conceito de ativismo judicial de Luís Roberto Barroso, marco teórico deste estudo, concluiu-se, por meio de uma análise crítica dos votos proferidos no bojo das referidas ações, que a postura da Corte Constitucional ao considerar que racismo, em sua acepção social, contempla a LGBTfobia, usurpa a competência do Legislativo, por falar mais do que o contido tipo penal. Houve uma ampliação das condutas passíveis de subsunção ao preceito primário, sem a existência de Lei, por meio de decisão judicial, o que carece de legitimidade constitucional e democrática.

Palavras-chave: ativismo judicial, criminalização da homofobia, ADO 26, MI 4733

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 SEPARAÇÃO DOS PODERES E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	9
2.1 A Separação dos Poderes na Constituição de 1988	10
2.1.1 Poder Legislativo	11
2.1.2 Poder Executivo	12
2.1.3 Poder Judiciário.....	13
3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SEUS COROLÁRIOS.....	14
4 ATIVISMO JUDICIAL: DEFINIÇÃO E COMO SE OPERA	17
4.1 Limites à atuação do Poder Judiciário.....	20
5 ADO 26 E MANDADO DE INJUNÇÃO 4733	21
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	23
REFERÊNCIAS.....	26

1 INTRODUÇÃO

Para além do poder de “dizer o Direito”, hodiernamente, o Judiciário, não só o brasileiro, assumiu o papel de protagonista no Estado Democrático de Direito, atuando como um semideus, que tudo vê, conhece e se dispõe a solucionar. Ocorre que, como princípio basilar e edificante da República Federativa do Brasil, tem-se a separação e independência entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com funções em delimitadas e insculpido na Constituição Federal de 1988. Ao chamar para si outras responsabilidades, por meio de uma postura ativista e criativa que vem se disseminando no país, desenvolve-se o risco latente de que se proceda à invasão das atribuições constitucionalmente previstas para outro ente estatal, por parte do Judiciário.

Na Ação de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e no Mandado de Injunção 4733, vulgarmente conhecidas como julgamento sobre a criminalização da homo e transfobia, o Supremo Tribunal Federal enfrentou as teses de reconhecimento destas modalidades de discriminação e violência como formas de racismo e a mora inconstitucional do legislativo em cumprir o mandado de criminalização previsto no artigo 5º, XLI, XLII e LIV da Constituição. O caso em tela é paradigmático com relação ao ativismo judicial vislumbrado e abre margem à discussão sobre a legitimidade do judiciário para a tomada de algumas decisões, bem como sobre a observância de princípios e garantias necessários à determinação do preceito primário da norma incriminadora, que deve ser feito de forma clara, explícita e taxativa.

É indiscutível a necessidade de que se confira especial tutela à população LGBTQI+, diante das violações constantes, reiteradas e extremamente gravosas sofridas pelos indivíduos que compõe esse grupo, sob pena de que se depare com ausência de proteção ou proteção insuficiente de direitos fundamentais, constantes do artigo 5º da Carta Política.

Pretende-se com este estudo efetuar uma análise crítica, norteadas pelas disposições do artigo 5º, XXXIX, LVII e 22, I da Constituição Federal de 1988 e pelo conceito de ativismo judicial apresentado por Luís Roberto Barroso, da atuação do Supremo Tribunal Federal na ADO 26 e no MI 4733 e sua legitimidade para a tomada das decisões proferidas, no sentido ampliar um tipo penal sem a existência

de lei, em sentido formal e material, específica sobre a matéria, sob o argumento de conferência de interpretação conforme a Constituição.

Para tanto, realizou-se o presente estudo através de revisão bibliográfica, delineando os contornos da controvérsia que se instaurou no julgamento da ADO 26 e do MI 4733. Foi apresentado o princípio da separação dos poderes dentro do Estado Democrático de Direito e as atribuições de cada Poder Estatal na ordem constitucional brasileira. No momento seguinte uma análise do Princípio da Legalidade e todos os outros que dele decorrem, considerado o pilar do entendimento sustentado no presente estudo. Posteriormente efetuada a abordagem das teses apresentadas quando da propositura da ADO 26 e do MI 4733 e o entendimento firmado pelo Tribunal Constitucional, acompanhado de uma análise crítica de sua atuação ao encarar a matéria.

2 SEPARAÇÃO DOS PODERES E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A separação dos poderes foi estruturada, inicialmente, por Jhon Locke, que concebia a divisão das funções estatais em quatro. Eram elas o Poder Executivo, concentrado no Monarca, o Federativo, que deliberava sobre as situações de guerra e paz no Estado e o Legislativo, na função que conhecemos. Contemplava ainda um quarto poder, também exercido pelo Rei, que versava acerca da *res pública* e o poder de decisão sobre tal matéria, era o denominado poder de Prerrogativa (LOCKE, 2006).

O modelo de Locke foi aprimorado ao longo da história e assumiu a faceta tripartida de Montesquieu, que acabou por se tornar a mais influente e copiada no mundo moderno. Karina Bonetti Badawi expôs de forma lúcida e consciente.

Montesquieu separa os Poderes Legislativo e Executivo dando direito de veto ao monarca. Para ele, quando uma só pessoa comanda não há liberdade ou “em um mesmo corpo de magistratura, o Legislativo reunido no Executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá executá-las tiranicamente”. Igualmente o poder de julgar não pode estar “absorvido pelos outros sob pena de arbítrio e opressão sempre em prejuízo da liberdade e da vida”. Afinal, conclui afirmando que “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes:

o de criar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares”. (BADAWI, 2014, p. 17)

Ainda como desdobramento da concepção de Jhon Locke e do aprimoramento da estrutura elaborada por Montesquieu, tem-se o moderno parlamentarismo limitado de Bruce Ackerman. O entendimento trazido pelo estudioso emerge da análise crítica e comparativa das estruturas estatais dos Estados Unidos da América e do sistema inglês, e traz uma proposta, que segundo ele, é o mais próxima do ideal democrático. Para ele os autores clássicos não esgotaram o tema e modelos tão antigos não são o suficiente para a organização estatal na conformação atual da sociedade. O autor delinea grandes frentes de atuação do Estado, que contempla a vontade popular, auferida por meio dos referendos. A Corte Constitucional, com função assemelhada à do Judiciário é responsável pelo controle de constitucionalidade. Prevê as instâncias Regulatória, de Integridade e Democrática. A primeira volta-se à verificação da adequação técnica da legislação editada pelo parlamento. A de Integridade objetiva a fiscalização de modo a evitar e sancionar casos de corrupção. E, por último, a instância Democrática, que, idealmente, garante a manutenção da democracia por meio da realização de referendos periódicos e sequenciais (ACKERMAN, 2009).

Como destacado por Bruce Ackerman, muitos países apenas importaram a separação clássica dos poderes de Montesquieu, sem uma adequação à realidade fática da sociedade em que era implantado, o que ocorreu no Brasil, conforme se apresentará a seguir.

2.1 A Separação dos Poderes na Constituição de 1988

Após os anos sombrios vividos pelo Brasil no regime ditatorial militar nas décadas de 60 e 70, marcados por violações bárbaras perpetradas em face daqueles que se opunham ao governo e suas medidas, censura da imprensa, das artes e imensa resistência de movimentos populares, como as “Diretas Já”, foi convocada por José Sarney a assembleia constituinte que culminou com a promulgação, em 1988, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Conhecida como “Constituição Cidadã”, é o marco da vitória da democracia sobre o autoritarismo, da tomada da dignidade humana como centro do ordenamento

jurídico, das políticas estatais, limite e objetivo das ações do Legislativo, Executivo e Judiciário.

Dentre esses elementos edificantes da nova ordem constitucional, tem-se a tripartição na manifestação da vontade estatal, concebida na tese clássica de Montesquieu e tratada como cláusula pétrea pela Constituição de 1988 em seu artigo 60, §4º, III. Adotou-se no país o sistema de pesos e contrapesos, calcado na harmonia e independência no desenvolvimento das atividades pelo Legislativo, Executivo e Judiciário. Há previsão de funções típicas bem delineadas no texto constitucional que, mesmo independentes, não são estanques. Atipicamente, em situações expressamente prevista na própria Constituição, é possível que se exerça a atribuição conferida à outra esfera de Poder, sem a violação do princípio insculpido no artigo 2º da Carta Magna, como bem destaca Pedro Lenza.

Ressaltamos serem os “Poderes” (órgãos) independentes entre si, cada qual atuando dentro de sua parcela de competência constitucionalmente quando da manifestação do poder constituinte originário. Neste sentido, as atribuições asseguradas não poderão ser delegadas de um Poder (órgão) a outro. Trata-se do princípio da indelegabilidade de atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressa previsão (aí surgem as funções atípicas) e, diretamente, quando houver delegação pelo poder constituinte originário, como ocorre, por exemplo, com as leis delegadas do art. 68, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao Executivo. (LENZA, 2018, p. 180)

Para efetuar a análise proposta neste artigo, é necessário deixar trazer à luz as incumbências de cada Poder estatal de modo a verificar se, em dado momento, ocorre a usurpação da competência e legitimidade democrática pelo Judiciário do papel constitucionalmente atribuído ao Legislativo, quando dele é demandada uma atuação criativa em casos paradigmáticos e de grande repercussão.

2.1.1 Poder Legislativo

Dotado de legitimidade democrática, por ser composto de cargos providos por meio de eleições diretas, o Poder Legislativo é disciplinado no Capítulo IV da Carta Maior, denominado “Da Organização dos Poderes” e exercido, nos termos do artigo 44, pelo Congresso Nacional. Este por sua vez é formado pela

Câmara dos Deputados e o Senado Federal, adotado, por simetria, pelos Estados e Municípios. Desempenha, tipicamente, função legiferante e de fiscalização do Poder Executivo, conforme preceitua o artigo 70 da Constituição Federal.

É mais bem esmiuçado nos dispositivos subsequentes ao artigo 44, onde há previsão específica de quais as matérias objeto de apreciação e deliberação por cada uma das casas legislativas. Interessa deixar claro a quem é vinculado o poder de editar leis que veiculam conteúdo de Direito Penal. No artigo 22, I fixa-se a competência privativa da União para o desempenho de tal função, como bem destaca Ingo Sarlet.

As competências legislativas privativas da União estão arroladas no artigo 22, I a XXIX, da CF, elenco que, numa primeira mirada e como refere André Ramos Tavares, sugere uma relativamente forte centralização. Tais competências não se esgotam naquelas enunciadas no art. 22 da CF, podendo ser encontradas em outros dispositivos constitucionais, como se verifica no caso do art. 48 e seus respectivos incisos, bem como em matéria de direitos e garantias fundamentais, nas diversas hipóteses em que o dispositivo expressa reserva de lei (...). (SARLET, 2018, p. 180)

Assim, da conjugação destes dispositivos constitucionais que disciplinam o processo legislativo pátrio, depreende-se que a criação das leis penais e processuais penais, deve ser realizada pela Câmara dos Deputados, por meio da elaboração de lei ordinária, o que será melhor detalhado no item 3, nomeado Princípio da Legalidade e seus corolários.

2.1.2 Poder Executivo

É concebido sob duas óticas previstas em dispositivos distintos da Constituição de 1988. No artigo 2º tem-se o Executivo como Poder, por meio do qual se realiza a manifestação volitiva estatal. Já no artigo 76, se extrai a figura do Executivo como cargo, posto ocupado pelo representante eleito pelo voto popular, no qual, culturalmente, concentram-se os atos de governo e gestão da administração pública.

Gilmar Mendes é cirúrgico e objetivo ao dissertar sobre a temática, citando Konrad Hesse.

A referência ao Poder Executivo contempla atividades diversas e variadas, em que envolvem atos típicos e Chefia do Estado (relações com Estados estrangeiros, celebração de tratados) e atos concernentes à Chefia do governo e da administração em geral, como a fixação das diretrizes políticas da administração e disciplina das atividades administrativas (direção superior da Administração Feral), a iniciativa de projetos de lei e edição de medidas provisórias, a expedição de regulamentos para execução das leis, etc. (CF, art. 84), a iniciativa quanto ao planejamento e controle orçamentários, bem como sobre o controle de despesas (CF, arts. 163-169) e a direção das Forças Armadas. (MENDES, 2015, p. 935)

Outrossim, não se faz necessário adentrar demasiadamente no que é determinado como função do Poder Executivo, uma vez que o presente trabalho atenta-se para a tensão entre o exercício das atribuições do Judiciário e do Legislativo, como exposto.

2.1.3 Poder Judiciário

O Poder Judiciário constituído no Brasil, possui sua regulamentação no *corpus legis* da Constituição Federal em seus artigos 92 a 126 e suas funções determinadas no sentido da prática da jurisdição, ou seja, do poder-dever de compor litígios. Trata-se de um poder autônomo e independente para apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, o que se depreende da inteligência do artigo 5º, XXXV da Carta Política, onde foi positivada a inafastabilidade da jurisdição e o direito de ação, em todas as esferas do Direito.

A interação entre Legislativo e Executivo é notória e tem-se uma concepção equivocada de que o Judiciário age de forma totalmente independente dos demais atores estatais, o que, quando analisado no caso concreto, não se opera como regra. Em seu Manual de Direito Constitucional, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes expõe de modo assertivo e de fácil compreensão.

O princípio da proteção judicial efetiva configura pedra angular do sistema de proteção de direitos. Conceberam-se novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional objetiva e do sistema de direitos subjetivos, a exemplo da ação declaratória de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade, da ação de direta por omissão, do mandado de injunção, do habeas data e do mandado de segurança coletivo. (...) Destaca-se que, diferentemente do Legislativo e do Executivo, que se encontram em relação de certo entrelaçamento, o Poder Judiciário, ou a Jurisdição, é aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referência

aos demais Poderes. Konrad Hesse observa que não é o fato de o Judiciário aplicar o Direito que o distingue, uma vez que se cuida de afazer que, de forma mais ou menos intensa, é levado a efeito pelos demais órgãos estatais, especialmente pelos da Administração. Todavia, o que caracterizaria a atividade jurisdicional é a prolação da decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados. (MENDES, 2015, p. 961)

Nesta toada, quando se analisa a atuação do Judiciário na esfera penal, tem-se que, para além de dizer o Direito, é ele quem detém o exercício do *jus puniendi* estatal, por meio dos seus mais diversos órgãos. E este é realizado segundo o sistema acusatório, para o qual pende o ordenamento brasileiro. Entretanto o Código Penal e de Processo Penal ainda são recheados de institutos característicos do modo inquisidor de persecução penal, circunstâncias que elevam o Poder Judiciário ao protagonismo na proteção das garantias individuais. Tal situação ganha maior relevância e destaque em um Estado onde é crescente o pleito pela imposição de penas mais graves e pela criminalização de condutas e observa-se um esforço do o Poder Judiciário para atender este clamor popular. É o limite desta atuação judicial a temática sobre a qual me debruço no presente estudo, atentando-me às previsões constitucionais e lições que delas se extraem.

3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SEUS COROLÁRIOS

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, produto dos ideais Iluministas do século XVIII em seu artigo 8º previu que “Ninguém poderá ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente publicada”. Tal disposição esprou-se pelas Constituições posteriormente surgidas e passou a ser um dos pilares do Estado Democrático de Direito ao redor do mundo, funcionando como mecanismo de garantia e previsibilidade da interferência dos Estados na vida do cidadão.

Na ordem constitucional vigente no Brasil foi positivado no artigo 5º, II e XXXIX da Carta Maior, que estabelecem:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
XXXIX – não há crime sem lei anterior que o define, nem pena sem prévia cominação legal;

Per si, o Princípio da Legalidade não se demonstra suficiente à proteção do indivíduo diante de possíveis abusos e desmandos perpetráveis pelo Estado, seus governantes e organismos da persecução criminal. Isso implica na necessidade de construção de um arcabouço legal robusto para que seja efetivo como desejado pelo Constituinte Originário e, para isso, a previsão do mandado proibitivo de forma geral, abstrata, clara e taxativa é imprescindível. (VERDAN, 2012)

Tem-se, deste modo, os corolários do referido princípio, que se manifesta na Reserva Legal, anterioridade da lei penal incriminadora, na exigibilidade de que esta seja escrita e taxativa e na vedação à analogia *in malam partem*.

Sobre o Princípio da Reserva Legal e sua ligação com o da legalidade, Cezar Roberto Bitencourt destaca:

Quanto ao princípio da reserva legal, este significa que a regulação de determinadas matérias deve ser feita, necessariamente, por meio de lei formal, de acordo com as previsões constitucionais a respeito. Nesse sentido, o art. 22, I, da Constituição brasileira, estabelece que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal. (BITENCOURT, 2018, p. 55)

O fato de o ordenamento pátrio consagrar os princípios mencionados demonstra a necessidade de conferir segurança jurídica aos indivíduos e, conseqüentemente, propiciar a manutenção do Estado Democrático de Direito, uma vez que as normas incriminadoras impositivas de um dever de abstenção são fruto do debate democrático e por isso, legítimo, por emanarem do Poder Legislativo. (BITENCOURT, 2019).

Neste sentido, mister destacar que, diante da previsão da legalidade estrita, não se admite que mandados proibitivos sejam extraídos de outras fontes, razão pela qual as decisões judiciais, decretos, medidas provisórias e outros instrumentos normativos, ainda que ditem a lei no caso concreto, não tem aptidão para criar e conferir sentido diverso à literalidade do conteúdo do tipo penal. (NUCCI, 2017)

Ainda como consequência do Princípio da Legalidade e demonstração da necessidade de autocontenção do Estado, a disciplina penalista brasileira contempla o Princípio da Taxatividade que fixa o norte para a interpretação da Lei Penal, que, como toda matéria de Direito, sofre as influências e se modifica ao longo do tempo, mas deve ater-se a critérios interpretativos, não perdendo de vista a segurança jurídica.

A taxatividade obriga que o preceito primário, ou seja, a conduta vedada ao cidadão que, quando infringida, resulta na aplicação de uma sanção seja clara e traga de maneira explícita o imperativo proibitivo. Não gerando dúvidas e trazendo efetiva segurança jurídica.

De todo o exposto anteriormente, por se tratar o Direito Penal de instrumento de garantia, precipuamente, e não possuir como objetivo primário a aplicação de uma sanção a aquele que infringe o tipo penal, decorre a vedação à analogia *in malam partem*. Assim, impede-se o aplicador do Direito, no exercício interpretativo da legislação criminal que, por vezes exige a integração da norma, de criar circunstâncias que impliquem na expansão do proibitivo de modo a abarcar condutas não expressamente contempladas no preceito primário emanado do legislativo.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci leciona:

É certo que princípios não são absolutos e devem harmonizar-se com outros. Eis o fundamento pelo qual se pode admitir o uso da analogia em favor do réu (*in bonam partem*), mas não se deve aceitar a analogia em prejuízo do acusado. Por que se poderia tolerar uma forma de ranhura na legalidade e não outra? Há integração de Princípios e metas constitucionais para a resposta a tal indagação. Em primeiro plano, ressalte-se a finalidade da existência dos direitos e garantias fundamentais, qual seja, proteger o indivíduo contra os eventuais abusos e excessos do Estado. Logo, a razão de ser da legalidade – aliás, desde a sua expressa evidência na Magna Carta, de 1215 – é a constituição de um escudo protetor contra a prepotência do soberano (ou simplesmente, Estado, na modernidade). (NUCCI, p. 91)

Nesta toada, não pode, sob pena de grave violação aos direitos e garantias fundamentais, em Direito Penal consubstanciada de forma máxima no Princípio da Legalidade e seus corolários, admitir que a atuação judicial valha-se de analogia *in malam partem* para a fixação de novos modelos criminalizadores e criação de situações prejudiciais aos membros da sociedade.

Desta maneira, no exercício interpretativo da legislação, à luz da Constituição Federal, é importante recordar que como limitação inicial à prática da jurisdição tem-se a vinculação ao direito posto, da observância do sentido denotativo, das palavras inseridas nos diplomas legislativos, ou seja, merece atenção especial o sentido próprio, real, o significado no mundo dos fatos, e não conotativo e figurado. Tudo isso em nome da segurança jurídica e da previsibilidade necessárias à persecução penal e prática do *jus puniendi* pelo Estado.

4 ATIVISMO JUDICIAL: O QUE É E COMO SE OPERA

Para melhor compreender as questões propostas é necessário entender a conjuntura que propiciou a elevação do Judiciário ao protagonismo político e social que exerce na contemporaneidade, diferenciar ativismo judicial de Judicialização da política e das demandas cotidianas, que cada vez mais tem ocupado os tribunais pátrios e alargado a margem de atuação jurisdicional para além das fronteiras que lhes foi imposta pela Constituição e 1988.

O modo como foi elaborada a Carta Magna vigente, diz muito acerca dos fenômenos que tem sido observado no âmbito jurídico brasileiro. Trata-se de uma Constituição que almeja abarcar as mais diversas situações que podem acontecer, fixando desde as bases sobre as quais serão exercidos os Poderes estatais até a definição do que será considerado família, por exemplo. Em suma, tenta limitar, por todas as margens, a ingerência do Estado na vida do particular e da sociedade como um todo, objetivando a estabilidade e previsibilidade no papel desempenhado por ele e seus membros. (BARROSO, 2010)

O sistema jurídico, com as peculiaridades culturais brasileiras e o contexto histórico de onde emergiu o neoconstitucionalismo, tem a Carta Maior como referencial e o Judiciário como detentor da última palavra, do poder de decisão quando os indivíduos ou os outros poderes não forem capazes de solucionar os conflitos que entre eles se estabelecem. Tudo isso, somado ao modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, de caráter misto, onde é possível o ajuizamento de ações de controle concentrado e também seu exercício de forma incidental, por qualquer juízo ao realizar o direito no caso concreto, efetuando a análise da validade da norma aplicável, culmina no fenômeno que se denomina

Judicialização. Luís Roberto Barroso, assim o define, lembrando que não se confunde com o ativismo judicial, melhor destrinchado a seguir.

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral, estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e o discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e praticar o direito no mundo romano-germânico. (BARROSO, 2018, p. 6)

Assim, é entendida como a atuação do Poder Judiciário a fim de atender as demandas que são a ele levadas sobre questões que repercutem de forma grandiosa na vida em sociedade, também no campo político, e que não tem encontrado êxito nas instâncias ordinárias. Neste aspecto, a ação do Judiciário vem da provocação feita por atores sociais e políticos, no cumprimento da função que lhe foi conferida constitucionalmente.

Neste contexto, é notória a importância do Judiciário independente para a garantia da ordem institucional e da democracia. Entretanto, por vezes, o que se observa é a inércia proposital dos outros Poderes acerca de matérias controversas e que podem gerar desconforto sociopolítico o que acabar por provocar a atividade jurisdicional com o objetivo de eximir-se das responsabilidades e consequências de encampar um posicionamento que vá de encontro aos interesses de determinados grupos políticos e sociais.

Daí emerge uma das problemáticas do Estado Democrático de Direito, o traçado da linha que separa o exercício interpretativo dos diplomas legais e da Carta Magna, levado a cabo pelos órgãos judiciais da criação do Direito propriamente dito, o cerne da discussão proposta neste estudo. Nitidamente, não se tem a pretensão de esgotar o tema, que é controverso e de suma importância no cenário sociopolítico que nos encontramos. Pretende-se uma análise dos limites impostos à atuação judicial ao realizar o Direito nas ações de controle concentrado em tela, especialmente em matéria de Direito Penal, mecanismo pelo qual o Estado interfere de forma mais drástica na vida do indivíduo e configura uma ameaça ao bem que lhe é mais caro e, inclusive, colocado como um dos princípios edificantes do ordenamento pátrio, a liberdade.

Ouviu-se falar em ativismo judicial, num primeiro momento, nos Estados Unidos e ele consistia em um modo de exercício da competência atribuída ao Judiciário, que, entre os anos 60 e 70, orientou sua atuação para a ampliação de direitos e garantias fundamentais. E é assim definido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso.

(...) 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 em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (BARROSO, 2009, p.22)

Apresenta-se, então, o ativismo judicial como um processo, por meio do qual há produção normativa, de caráter abstrato e geral, por parte do Judiciário e não pelo Legislativo, competente, à priori, para a atividade legiferante. Schimidt Neto aborda de maneira cirúrgica os motivos deste processo.

Basicamente, a forma de Constituição Federal altamente analítica (conta com 250 artigos) e o aprofundamento dos assuntos administrativos e tributários, a falha do legislativo e das instituições que deveriam regular suas respectivas áreas (Agências Reguladoras); a excessiva intervenção do Judiciário, que, ao declarar a inconstitucional determinada norma, receoso de um vazio legislativo, dita normas, extrapolando sua competência (NETO, 2009, p. 95).

Quanto à legitimidade democrática para o exercício deste papel, a discussão de pontos como o fato de o provimento de cargos não se dar por meio do voto e também a capacidade técnica dos membros do Judiciário para deliberar acerca de determinadas demandas, também existem discussões acaloradas tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias. Barroso destaca

(...) a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A constituição não pode ser ubíqua. (BARROSO, 2009, p. 26)

Conforme apresentado, mister ponderar conscientemente sobre a legitimidade do Poder Judiciário para agir fora da alçada que lhe é designada pela Constituição e analisar a manutenção da democracia, da separação dos poderes neste processo de ativismo e expansão judiciais.

4.1 Limites à atuação do Poder Judiciário

O Judiciário, especialmente do Tribunal Constitucional, como guardião da Carta Magna, deve atentar-se a cumprir o que lhe é determinado, principalmente, no que versa sobre o controle de constitucionalidade, uma de suas principais funções. Imperativo o cuidado para não ultrapassar os limites impostos pelo texto constitucional e exercer, de forma ilegítima, o papel designado ao Poder Legislativo, a saber, o de formulação de leis gerais e abstratas que estruturam e coordenam a conduta dos cidadãos dentro do Estado Democrático de Direito. Como dito anteriormente, a observância das disposições dos artigos 22, 44 e seguintes da Constituição Federal de 1988 é indispensável.

É assentado o entendimento de que o juiz deve agir em nome da Constituição e das Leis, respeitando a presunção de validade das mesmas e a vontade fundante do legislador. Além disso, o magistrado não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo. Ademais, o Judiciário não deve suprimir o diálogo e decidir unilateralmente, mas sim deliberar racionalmente por meio de um processo dialético, de construção.

Sabe-se da primazia do Judiciário para ditar a norma aplicável ao caso concreto quando provocado, entretanto, ela não assume caráter absoluto e sua interferência deve ser orientada, cautelosamente, por sua capacidade institucional e sem olvidar-se dos efeitos produzidos pelas decisões tomadas.

Mais especificamente, sobre o limite da atuação judicial na esfera penal, tem-se como expressão máxima da autocontenção do Estado o Princípio da Legalidade, e a Reserva Legal que dele decorre e, conforme exposto, determina que apenas o Parlamento é detentor de legitimidade para criar tipos penais incriminadores, modificá-los de modo propiciar a abrangência de mais condutas lesivas, vedando, assim, a criminalização via decisão judicial, por mais nobre que seja razão que culmine na assunção deste papel pelo judiciário.

5 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 E MANDADO DE INJUNÇÃO 4733

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção 4733, propostos pelo Partido Popular Socialista em face do Congresso e Senado nacionais ante a suposta mora em concretizar o mandado de criminalização contido na Constituição Federal e a constante violação dos direitos fundamentais da população LGBTQI+, objetivavam o reconhecimento da omissão inconstitucional do legislativo pátrio e a atribuição de interpretação conforme a Carta Magna, para que a homofobia e transfobia fossem reconhecidas como modalidades de racismo. Formulando, ao fim, os pedidos transcritos abaixo.

- (a) que seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico constitucional de racismo, de sorte a enquadrá-la na ordem constitucional de criminalizar o racismo constante do artigo 5º, inc. XLII da CF/88, já que elas inferiorizam pessoas LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras, ou, subsidiariamente, reconhecê-las como discriminações atentatórias e direitos e liberdades fundamentais, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar constante do art. 5º, inc. XLI, da CF/88;
- (b) seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia;
- (c) cumulativamente, seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima;
- (d) caso transcorra o prazo fixado pela Suprema Corte, seja efetivamente tipificada a homofobia e a transfobia como crime específico e fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia.

Ao decidir conjuntamente as ações o Supremo Tribunal Federal as julgou procedente em parte com eficácia *erga omnes*, por ampla maioria, reconhecendo a mora inconstitucional do Congresso Nacional e determinando que este fosse cientificado da decisão para que, em tempo hábil, possa supri-la. De forma complementar, até que o mandado incriminação insculpido no artigo 5º, XLI e XLII seja cumprido, a subsunção dos crimes com motivação LGBTfóbica às disposições da Lei 7.916/1989, que em seu artigo 1º com redação pela Lei 9.459/1997 dispõe

“serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”.

Divergiram da maioria da Corte Constitucional os Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio Mello, sendo que este último alegou que não restou configurada a mora legislativa na tutela ao segmento LGBTQ+. Ademais, no mérito, os Ministros destacaram, assim como os votantes pela procedência das ações, a gravidade das violências sofridas e a necessidade de conferência, pelo Estado, de proteção efetiva dos direitos e garantias fundamentais do grupo em destaque, especialmente a liberdade de expressão e de sexualidade, contempladas pela Constituição Federal, e que compõem, sem qualquer controvérsia, o núcleo da cláusula geral da dignidade humana.

Os dados sobre a violência com motivação homo e transfóbicos deixam nítidos a necessidade da especial tutela a esses grupos, conforme escancarado por todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

420 LGBTQ+ (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais) morreram no Brasil em 2018 vítimas da homolebotransfobia: 320 homicídios (76%) e 100 suicídios (24%). Uma pequena redução de 6% em relação a 2017, quando registraram-se 445 mortes, número recorde nos 39 anos desde que o Grupo Gay da Bahia iniciou esse banco de dados. A cada 20 horas um LGBTQ+ é barbaramente assassinado ou se suicida vítima de homolebotransfobia, o que confirma o Brasil como campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais. Segundo agências internacionais de direitos humanos, matam-se muitíssimos mais homossexuais e transexuais no Brasil que nos 13 países do Oriente e África onde há pena de morte contra os LGBTQ+. (Mortes Violentas de LGBTQ+ no Brasil, Relatório 2018, Grupo Gay da Bahia).

Entretanto, apresentaram o entendimento de que não cabia à Corte determinar que os crimes homo e transfóbicos fossem enquadrados na Lei 7.916/1980, por ser função privativa do Poder Legislativo.

Em seu voto Lewandowski, conscientemente, citou julgados do próprio Supremo Tribunal que consagravam a supremacia da Reserva Legal em matéria penal e destacou que, na literalidade dos artigos 1º e 20 da Lei de Racismo, estão previstas expressamente as hipóteses abarcadas pelo referido diploma legal, não se estendendo às discriminações de cunho sexual ou de gênero.

Em que pese à sabida e latente necessidade de proteção suficiente e eficiente aos direitos fundamentais dos grupos LGBTQ+, a motivação social tida

como norte para o julgamento em análise e a fixação das teses acima apresentadas, se tratando de Direito Penal, flexibilizações como as realizadas no caso em comento acarretam nítida e grave violação ao Princípio da Legalidade, o que gera insegurança jurídica.

Merece destaque, ainda, o tratamento constitucional dado aos crimes de racismo, considerados imprescritíveis e inafiançáveis, com consequências gravosas em demasia para quem viola o dever de abstenção da conduta discriminatória nos moldes do artigo 1º da Lei 7.916/1989. Igualmente, a evolução do referido dispositivo demonstra que o legislador, legitimado democrático e constitucional para a edição de leis penais, ampliou por este meio a abrangência do tipo penal, haja vista as duas redações distintas que aquele teve ao longo de sua vigência. Uma dada pela lei originária previa que seriam considerados crimes de racismo aqueles motivados praticados em razão da cor e da raça, a nova disciplina trazida pela Lei 9.459/1997, que inseriu as expressões “etnia, religião ou procedência nacional”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inquestionável, a omissão do legislativo para enfrentar o tema, diante das controvérsias existentes, dos riscos de encampar um posicionamento que possa vir a refletir nos processos eleitorais pátrios, pelos motivos acima relatados e pela lenta tramitação de projetos de Lei que versam sobre a matéria. O que se observa no país é uma omissão providencial e estratégica, para que o Judiciário provoque a atuação do Legislativo pelas vias previstas na Constituição Federal de 1988.

As pretensões exarada na petição inicial da ADO 26 e do MI 4733 são legítimas, justificam-se sócio e politicamente, ante o sabido e notório comportamento homofóbico e transfóbico que se observa na sociedade brasileira. O Grupo Gay da Bahia, em seu relatório anual, cuja citação foi anteriormente realizada, trouxe dados alarmantes acerca da violência perpetrada em face da população LGBTQ+ no país.

Logo, a declaração da mora inconstitucional é necessária, atende ao clamor social e à pretensão de reconhecimento dos membros destes grupos como reais sujeitos de direito com a devida proteção à sua dignidade, *in casu*, expressa pelo exercício da sexualidade e da liberdade de identificação de gênero.

Entretanto, o que se observa nos votos apresentados pelos Ministros do Supremo é uma ampliação do consequentialismo na prolação de suas decisões,

independentemente da manutenção das premissas sobre as quais se ergue a ordem constitucional pátria. Delineia-se um objetivo e, a partir de então, são buscados argumentos que propiciem sua justificação, ainda que, para sustentar um entendimento que visa atender dar uma resposta à sociedade, se proceda à inobservância de um princípio basilar do Estado Democrático de Direito e do sistema penalista como o da legalidade. Tal situação merece um muito cuidado, uma vez que o mandado de incriminação de condutas atentatórias aos direitos e garantias fundamentais não constitui espaço em branco para exercício interpretativo arbitrário.

Isto posto, neste mesmo caminho consequencialista, atentando-se ao conceito de ativismo judicial construído ao longo do presente artigo, nota-se que no julgamento em tela, houve a adoção de uma postura proativa dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ao acordarem, por ampla maioria, que crimes de discriminação em razão de gênero ou sexualidade enquadram-se como crimes de racismo, decidindo de sentido contrário ao texto legal, uma vez que o legislador, conforme exposto acima, quando desejou a ampliação das condutas contempladas pelo referido diploma legal o realizou, valendo-se das prerrogativas que lhes são conferidas pelo artigo 22, I da Constituição Federal, ou seja, por meio da edição de lei em sentido formal e material.

Assim, ao efetuar a análise proposta como problema neste artigo, entendo que a decisão da Corte Constitucional ao julgar a ADO 26 e o MI 4733 vai de encontro aos postulados e garantias positivadas no ordenamento brasileiro. Invade a competência do poder legiferante e cria norma geral e abstrata em matéria penal, o que carece de legitimidade constitucional e democrática.

A Corte Suprema, em diversos momentos, tem extrapolado os limites impostos ao exercício da jurisdição constitucional. Quando as discussões são transferidas para a esfera penal, o debate torna-se ainda mais acalorado, diante da crescente pro atividade judicial punitivista e expansionista do Direito Penal. Noutra toada, tem-se poucas iniciativas judiciais inovadoras com interpretação mais favoráveis àqueles que infringem a norma incriminadora, caminhando na contramão dos princípios norteadores do exercício do *jus puniendi* titularizado pelo Estado e que objetivam a proteção do indivíduo, que, sem nenhuma dúvida, encontra-se em franca hipossuficiência e vulnerabilidade.

Parece olvidar-se o Poder Judiciário que a disciplina penalista, antes de um mecanismo para propiciar a aplicação de sanções, foi concebida como

instrumento de contenção do direito de punir, da persecução penal e que a flexibilização de garantias diante da demanda social e midiática constitui indubitável ofensa à ordem constitucional e ao Estado Democrático de Direito.

Ademais, não é plausível, que em um ordenamento erguido sob a égide de uma constituição como a brasileiro, com a pretensa limitação da atuação estatal, em todas as esferas, e ampliação das garantias individuais e sociais, que se admita a flexibilização de direitos, especialmente em matéria penal, tão caros e imprescindíveis à existência e manutenção de um Estado verdadeiramente Democrático e de Direito.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, B. **A nova separação dos poderes**. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BADAWI, K. B. **Separação dos Poderes no Brasil e a teoria de Bruce Ackerman**. Tese. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo: 2014.
- BARROSO, L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Anuário Ibero-americano de Justiça Constitucional, Madrid, Espanha. N. 13, p.17-32, 2009.
- _____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo**. Universidade de Harvard, Faculdade de Direito, 2010. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em 14/10/2019
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral. Vol. 1**. 25ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019.
- FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Centro Gráfico, 1988.
- LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2007.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- NETO, A. P. S. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil (Resenha dos textos de Luiz Werneck Vianna)**. Revista da Faculdade de Direito UniRitter, Porto Alegre, n. 10, p. 83-96, 2009.
- NUCCI, G. S. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. 4ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**: 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.
- VERDAN, T. L. Princípio da Legalidade: **Corolário do Direito Penal. Conteúdo Jurídico**, Brasília – Distrito Federal: 15 out 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/29998/principio-da-legalidade-colorario-do-direito-penal>. Acesso em 15/10/2019
- WERNECK VIANNA, L. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, Rio de Janeiro, Revan, 1999.