

Como citar esse artigo:

Braga ACS, Neto CAC, Dutra GNC. O ATIVISMO JUDICIAL E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A EQUIPARAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO: ANÁLISE DAADO Nº 26 E MI Nº 4.733. Anais do 24º Simpósio de TCC do Centro Universitário ICESP. 2021(21); 231- 245.

Anne Christine dos Santos Braga
Cícero Alves Cabral Neto
Graciele Neto Cardoso Dutra

Resumo

Introdução: O trabalho aborda os limites de atuação dos três poderes, especialmente a respeito do ativismo do Judiciário e seus desdobramentos. Serão abordados alguns princípios e teorias basilares do ordenamento jurídico: separação dos Poderes, teoria do *Check and balances*, princípio da reserva legal, de legitimidade democrática, do estado democrático de direito e do princípio da analogia *in malam partem*. Por fim, a conclusão será pautada na demonstração de uma análise crítica da decisão do STF, por meio da ADO nº 26 e MI nº 4.733, acerca da equiparação da criminalização da homotransfobia ao crime de racismo previsto na Lei 7.716/1989. A pesquisa foi baseada em preceitos legais, em jurisprudências e na doutrina.

Palavras-Chave: 1. Ativismo Judicial; 2. Equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo; 3. Sentenças aditivas do STF; 4. Inércia do Legislativo.

Abstract

Introduction: The project addresses the limits of the operation of the three branches, especially regarding the Judiciary activism and its extensions. Ground principles and theories of the juridical order will be addressed, such as the separation of powers, check and balance theory, legal reserve principle, democratic legitimacy, democratic state under the Rule of Law, and the analogy principle in *malam partem*. Lastly, the conclusion will be approached by a critical analysis of the Federal Supreme Court's decisions by means of the Direct Action for Unconstitutionality by Omission (ADO) nº 26 and Injunction (MI) nº 4.733 regarding the equivalence of the criminalization between homotransphobia and racism foreseen in the provision of the Law 7.716/1989. The research was based on legal precepts, jurisprudence, and doctrines.

Keywords: 1. Judicial activism; 2. Equating homophobia and transphobia with the crime of racism; 3. Additive judgments of the STF Inertia of the Legislature.

Contato: henrique.tavares@icesp.edu.br

Introdução

Um dos assuntos que vem adquirindo destaque no Brasil e se tornou fonte de debates é o ativismo judicial, um tema que vem crescendo nos últimos anos. Isso se deve ao fato de haver a intervenção dos membros do judiciário nos demais Poderes. Assim, por meio de suas decisões, o Supremo Tribunal Federal tem como prerrogativa ser o guardião da Constituição, o que tem resultado em sua atuação com protagonismo, resultando na judicialização da política.

O ativismo judicial não surgiu como uma tomada de poder, mas, muitas vezes, advém de uma negligência dos outros poderes. Nesse sentido, a função primária do Judiciário é julgar e interpretar as leis sendo seu guardião, sendo que acerca da função precípua do Legislativo, cabe a ele discutir, criar e modificar as leis do país, e ao Executivo incube a função de governar e administrar a nação.

Após a tripartição dos poderes, surgiu uma função compartilhada, no sentido de igualdade entre os três entes dos poderes estatais. Tal função, na época do Império, era denominada de Poder Moderador. Atualmente, os três órgãos do Poder usam essa atribuição de formas diferentes. Desse modo, advinda à teoria dos freios e contrapesos, mantém-se o controle e o equilíbrio dos poderes, buscando a harmonia entre eles

As decisões recentes do STF têm se tornado polêmicas, principalmente no tocante àquelas que envolvem o Legislativo, tema deste trabalho. Estas decisões são motivadas sob alegações da inércia do ente Legislativo e para fins de preencher possíveis lacunas da lei e promover justiça social. Por questões político-partidárias e por não haver consenso na sociedade, o Legislativo acaba evitando debates de certos temas, já que não apresentam interesse político, deixando de cumprir suas obrigações, as quais o judiciário se incumbiu de preencher.

A questão a ser analisada não é se o STF pode ou não intervir nas atribuições do Legislativo já que é possível, como veremos, por meio da teoria do *check and balances*. No entanto, o que deve ser observado é: qual o limite para essa intervenção? Qual é o ponto em que o STF deixa de exercer a função de controle e/ou de função atípica, passando a invadir a prerrogativa do Legislativo, atuando, com famigerado ativismo judicial e a tão temida politização judicial, e, inclusive, inovando na legislação penal.

Sobre o caso em tela, trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 26 e do Mandado de Injunção nº 47.33, interpostos pelo Partido Popular Socialista e pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros,

respectivamente. As ações tiveram como objetivo o reconhecimento da omissão inconstitucional, por parte do Poder Legislativo, de legislação protetiva às pessoas homossexuais e transsexuais e, em consequência disso, a cientificação do Congresso Nacional e a adoção das providências necessárias, para a concretização das normas constitucionais transgredidas, estabelecendo um prazo para tal fim. Por fim, requereram a equiparação da homofobia e da transfobia ao crime de racismo, previsto na Lei 7.716/1989.

Nesse sentido, o STF julgou parte dos pedidos formulados precedente e ampliou o conceito de racismo, no sentido social, equiparando o crime de homofobia e de transfobia ao crime de racismo. É nessa linha que o trabalho será desdobrado. A análise será realizada no tocante à ampliação do conceito de racismo e na equiparação a um crime preexistente, com o intuito de se verificar se houve extrapolação de competência por parte do STF em detrimento do Legislativo.

Essa linha tênue é importante de ser definida para garantir o equilíbrio do poder e manter a democracia no país, bem como o respeito ao Estado Democrático de Direito e o princípio da legalidade. O que não deve ser tolerada são a omissão e a extrapolação de funções, já que ambas são extremamente perigosas para a segurança jurídica dos brasileiros.

Por fim, é importante salientar que a pesquisa será realizada estritamente do ponto de vista técnico/jurídico. Defende-se, neste trabalho, que qualquer tipo de discriminação deve ser punido, mas que seja feito da forma correta, seguindo os trâmites legais, a fim de não prejudicar o princípio da separação dos poderes e a ordem jurídica, respeitando o princípio da anterioridade e a reserva legal, previstos no Código Penal.

1. A TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

A separação de poderes é a divisão das funções exercidas dentro de um país. No Brasil, os poderes são divididos da seguinte forma: Poder Legislativo, responsável por elaborar as normas; Poder Executivo, responsável por executar as leis, de forma a administrar e tratar dos interesses coletivos; e por último, Poder Judiciário, responsável por julgar fatos e dirimir conflitos da sociedade.

Um dos primeiros responsáveis por idealizar a divisão dos poderes estatais foi o pensador Aristóteles, na antiga Grécia, por meio de sua obra chamada *Política*. Nesse documento, o pensador já visualizava as três funções do Estado: a função de criar normas, de administrá-las e de efetuar a

resolução de conflitos de uma sociedade em geral. Segundo destacou Aristóteles:

Dos Três Poderes Existentes em Todo Governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição¹

John Locke também teve importante participação na idealização da divisão das funções estatais. A teoria do filósofo inglês igualou a autoridade real e a autoridade do parlamento, de modo a forçar o compromisso da divisão do poder. Segundo o referido pensador, havia a figura do poder Legislativo, do poder Executivo e do poder Federativo. Locke (2018, p. 115-116), aduz que:

§ 143 O Poder Legislativo é aquele que tem a competência judicial para estabelecer como a força da comunidade civil deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros. O poder legislativo, seria um poder temporário, ou seja, chamado somente quando houvesse necessidade de elaborar leis, porém, com força de poder supremo.

§ 147 O poder executivo “cabe a execução das leis municipais da sociedade sobre todos que fazem parte dela”, ou seja, ficaria encarregado de executar as leis elaboradas pelo legislativo e seria subordinado a ele.

§ 147 Ao poder federativo “cabe à administração da segurança e do interesse do povo e de todos aqueles que podem trazer benefícios ou prejuízos à sociedade; assim mesmo, esses dois poderes caminham quase sempre juntos”. Este poder seria encarregado de gerir as relações externas do estado, bem como deliberação de guerra, paz e alianças e seria subordinado ao executivo.

Consoante ao exposto, embora o conceito de divisão de poderes de Locke seja bipartite, seu objetivo principal também era retirar das mãos do monarca a concentração do poder.

Isto posto, a teoria da separação dos poderes foi aprimorada por Montesquieu. Assim, a teoria da tripartição de poderes tornou-se pública e obteve repercussão estrepitosa por meio de Charles-Louis de Secondat, o barão de La Brède e de Montesquieu. Após a Revolução Francesa, Montesquieu idealizou a teoria tripartite de forma mais ampla, sendo que o autor pretendeu dividir as ações do Estado e separar a pessoa que exercia tais funções, a fim de evitar o retorno do absolutismo e manter a liberdade dos indivíduos.

De acordo com as afirmações de Montesquieu (1979, p. 167-168):

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares.

Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.

O diferencial da teoria de Montesquieu deu-se pelo fato de as três funções, autônomas e harmônicas entre si, estarem conectadas, porém a órgãos diferentes, e não mais sob o domínio de um único soberano. Segundo Montesquieu (1979, p. 148), a divisão das atribuições dos três poderes ocorre da seguinte forma:

O primeiro, o Estado cria as leis por um determinado tempo ou para sempre e corrige ou revoga as que já estão feitas. O segundo, que promove a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, é o próprio executor do Estado. E o terceiro, julga os litígios e pune os crimes dos indivíduos.

O autor defendia que não haveria liberdade sem a divisão dos poderes de legislar, de executar e de julgar. Vale destacar, então, que não seria possível, e talvez até injusto, que todos os poderes fossem concentrados em um só corpo do Estado. Desse modo, tornou-se necessário haver uma divisão, propondo-se um julgamento que visasse mais justiça e menos absolutismo. Assim, caso o poder de julgar esteja ligado ao poder de legislar, a própria vida dos cidadãos estaria em poder do Estado e a liberdade seria

arbitrária, pois a mesma pessoa que legislasse sobre as leis, os julgaria. Acerca disso, o pensador Montesquieu (1979, p. 168), aduz em sua obra que:

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

Montesquieu (1979, p. 149) enfatiza, ainda, que o poder do Estado de julgar precisa ser separado do poder de elaborar as leis (Poder Legislativo), assim como o poder de executá-las (Poder Executivo). A separação dos poderes visa, entre vários objetivos, evitar a arbitrariedade do Estado de julgar e de legislar ao mesmo tempo, pois, assim, agir-se-ia com arbitrariedade em detrimento da vida e da liberdade individual dos cidadãos. Por conseguinte, caso o poder de julgar esteja sob o mesmo comando do executor, o juiz poderia ser caracterizado como um opressor.

Na mesma linha de pensamento, Gilmar Mendes (2007, p. 146) menciona que o princípio da separação de poderes possui status de cláusulas pétreas, “imune, portanto, a emendas, reformas ou revisões que tentem aboli-lo da Lei Fundamental”. A partir desse ensinamento, é possível visualizar tamanha importância do princípio da separação dos três poderes. Ora, a tripartição dos poderes é uma cláusula pétrea da Carta Magna do país; logo, não seria prudente banalizar esse limite por meio de decisões desenfreadas da Corte Suprema. A divisão dos poderes, inclusive, está estabelecida no 2º art. da Constituição Federal de 1988, que afirma o seguinte: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

É importante mencionar as lições trazidas por Canotilho (2003, p. 250), das quais merece destaque a seguinte afirmação: “o princípio da separação de poderes é, como princípio organizatório estrutural, uma das grandes constantes do Estado Constitucional”. Desse modo, trata-se de um princípio relevante ao Estado Constitucional, constituindo a sua estrutura organizatória.

Segundo a jurisprudência do próprio STF sobre a divisão funcional dos poderes:

EMENTA: [...]. A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2.º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal.

[...]. O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional” (MS 23.452, 3

Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999, Plenário, DJ de 12.05.2000 — original sem grifos).

O próprio entendimento do STF é favorável à repartição das atividades estatais, de modo a impedir a concentração de tomada de decisões por um único órgão, de forma a moderar os excessos de cada poder e buscar o equilíbrio entre eles. Além disso, trata-se de uma forma de conservar a liberdade do ser humano, tornando efetivos e reais os direitos e as garantias fundamentais estabelecidos na CF/88.

1.1 Teoria dos freios e contrapesos

Tendo em vista que a tripartição dos poderes, pura e simples, poderia acarretar alguns problemas, como, por exemplo, a arbitrariedade e o engessamento das atividades, a teoria dos freios e dos contrapesos surgiu com intuito de frear e proporcionar maior equilíbrio entre os poderes, de forma que um pudesse controlar o outro, mantendo a harmonia entre eles.

Essa teoria estadunidense é um aprimoramento das ideias de Montesquieu e da evolução do sistema de controle que a Câmara dos Lordes exercia na Inglaterra. Diante da

elaboração da Constituição dos Estados Unidos, no século XVIII surgiu um sistema de autocontrole dos três poderes, cuja ideia era eliminar a necessidade de uma camada social aristocrática, suprimindo completamente a figura monárquica como pilar Estatal.

O objetivo, então, é que cada Poder desempenhe sua função típica, inerente à sua função, mas que possua também funções atípicas. Note-se que a divisão dos Poderes, inicialmente, era rígida, mas passou a ter mais flexibilidade, de modo que cada Poder exerceria não somente a sua função típica, mas as funções atípicas e as formas do controle de um Poder sobre o outro, as quais deverão ter previsão na CF/88.

Os sistemas favoráveis à liberdade são caracterizados pela moderação. Conseqüentemente, a busca pela proteção da liberdade consiste, portanto, no equilíbrio. Diante de tal premissa, o equilíbrio pode ser alcançado por meio do sistema dos freios e de contrapesos, onde um poder controla o outro poder.

Ainda sobre as lições de Montesquieu (1979, p. 148, grifo nosso), o autor traz a elucidação de que “[...] *Para que não se possa abusar do poder, é necessário que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder*”. Reforça, também, que para não haver abuso de poderes, faz-se necessário que o poder detenha o poder.

Ocorre que, após o advento da Constituição Federal de 1988, o STF passou a defender os direitos fundamentais, valendo-se das teorias contemporâneas do neoconstitucionalismo e de uma nova hermenêutica constitucional, ultrapassando a competência do Legislativo e inovando em tipos penais não previstos na legislação brasileira.

Partindo do princípio da separação dos poderes, o presente artigo irá demonstrar a importância de manter cada Poder exercendo suas atividades de acordo com as suas competências. Assim, um Poder não pode invadir a competência do outro, com exceção do que é previsto da CF/88. Tal separação é fundamental, a fim de firmar a segurança jurídica e a harmonia entre as respectivas funções.

Neste diapasão, é importante destacar que, entre o rol de competências dos Poderes, há as funções típicas e atípicas. Um exemplo disso é o fato de que a função típica do Poder Legislativo é elaborar leis, mas, ao julgar o Presidente da República pelos crimes de responsabilidade, exerce a função jurisdicional, ressaltando o texto

constitucional, que traz a seguinte disposição:

Art. 52. Compete
privativamente ao Senado
Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99)

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [...].

É importante salientar que, nesse caso, em que um poder controla o outro, não se configura o ativismo judicial, pois está previsto expressamente na Constituição Federal, exercendo, assim, a função do mecanismo dos freios e dos contrapesos.

2. ATIVISMO JUDICIAL

Embora a expressão ativismo judicial seja um tanto quanto recente no Brasil, os Estados Unidos a incorporaram no âmbito jurídico em meados do século XX, após a declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte dos EUA de uma lei do Estado de Nova York, na qual foi estabelecida a jornada de trabalho de 60 horas para os padeiros. Foi alegado, na ocasião, que era irrazoável e arbitrária a limitação à liberdade de contratação. Sendo assim, a Suprema Corte entendeu que a liberdade contratual estava implícita no devido processo legal. Logo, não deveria haver restrição ao direito de contratar. O caso em questão pode ser considerado um dos primeiros casos de ativismo judicial nos Estados Unidos.⁴ (MORESO, 2012 p. 37-58).

Entretanto, foi o historiador Arthur Schlesinger Jr. que promoveu a expressão "ativismo judicial", referindo-se à promoção do bem-estar social por meio de uma publicação em uma revista em 1947. Schlesinger rotulou alguns juizes como "ativistas judiciais" e outros juizes como "campeões do autocomedimento". Mas Schlesinger não deixou claro, na matéria, se era contra ou a favor ao ativismo judicial, bem como a imprecisão da terminologia da palavra, detectou inicialmente a maleabilidade das decisões em detrimento da cientificidade⁵ (MORESO, 2012 p.

37-58).

No Brasil, o ativismo judicial obteve mais espaço após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, em que os magistrados obtiveram mais prerrogativas, impulsionando-os a ter atuação mais ampla perante a sociedade. Diante da abrangência dos direitos fundamentais, das teorias neoconstitucionalistas e da nova hermenêutica constitucional, características do período pós 1988, tal instância possibilitou a participação do Judiciário. Vale destacar que, após essa modalidade de maior controle e legitimidade para contestar a constitucionalidade de leis e de atos normativos com força de lei, por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 1965 à Constituição de 1946, ocorreu o aumento significativo, inclusive da responsabilidade do Supremo Tribunal Federal, relacionado à implementação de políticas públicas e de medidas sociais.

Segundo Ramos, (2015), sobre Ativismo Judicial:

Ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) .

Consoante ao exposto, o ativismo é a extrapolação do Poder Judiciário no que lhe é imposto a ser feito. De acordo com o primeiro tópico, a separação dos poderes e a teoria dos freios e contrapesos visam a não extrapolação de cada Poder, a divisão de tarefas, o não absolutismo e o equilíbrio entres os Poderes do Estado. Diante disso, o dever do Poder Judiciário é julgar, e não inovar na legislação. Isso porque, ainda que de boa-fé, a divisão dos poderes precisa prevalecer e ser respeitada, a fim de manter a organização e segurança jurídica ao cidadão. No entanto, é sabido que há casos em que, de fato, o STF precisa agir, mas há, também, uma série de fatores a serem considerados. É preciso reiterar, então, que o STF é o guardião da Constituição Federal e deve zelar para que os seus preceitos continuem a ser respeitados.

2.1 A Judicialização da Política

O ativismo judicial é um tema extremamente nebuloso dentro do direito moderno, pois, ao mesmo tempo em que age de forma positiva diante da inércia do Legislativo,

algo inevitável dentro do sistema *Civil Law* é o modelo adotado pelo Brasil, já que o legislador não poderá criar uma norma perfeita que se adeque claramente a todas as situações, e o sistema legislativo não pode acompanhar as mudanças dinâmicas da sociedade atual.

Dessa forma, se faz necessário as intervenções feitas pelo Judiciário a fim de sancionar as problemáticas em relação às quais o Legislativo se mostra inerte ou inapto. Contudo, o ativismo judicial apresenta uma face negativa: pode haver meios de limitar acerca de até onde o judiciário atua como apoio ao Legislativo e para onde ele passa a invadir a competência, derrubando a barreira de tripartição do Poder. Nesse sentido, Freitas (2021) alude que:

Será bom o ativismo judicial? Sim e não é a resposta. Sim, quando ele se propõe a impulsionar os demais poderes a tomar iniciativa premente e necessária (normalmente exercida pelo STF) ou quando a iniciativa de membros do Poder Judiciário descobre meios para agilizar a Justiça. Não, quando os magistrados interferem indevidamente nos outros Poderes de Estado, sem avaliar as consequências paralelas de seus atos.

Assim sendo, é difícil definir o que está dentro da competência do Judiciário e o que é da jurisdição do ativismo judicial; para isso, deve-se analisar cada caso, observando as medidas adotadas pelos Tribunais e, eventualmente, suas alternativas, assim se tornando possível definir em que ponto ocorre a extrapolação do Poder Judiciário.

Nesse ínterim, pode-se definir como uma participação demasiada de forma mais extensa do Poder Judiciário na tomada de decisões, tomando, assim, uma posição proativa em relação aos demais poderes, com maior interferência nas áreas de atuação dos outros Poderes, e, segundo Maria Berenice Dias, “todos os avanços levados a efeito pelo Poder Judiciário desafiam o Poder Legislativo a cumprir com o seu dever de fazer leis”.

Quando se fala de judicialização política, deve-se ter em mente que, mesmo havendo semelhança, há aspectos diferentes do ativismo. Isso porque ambos os termos se referem a uma forma de atuação do judiciário, dentro dos demais poderes.

Ocorre que, enquanto o ativismo retrata uma atitude adotada pelo judiciário, na qual age mais ativamente, tomando decisões para solucionar um problema jurídico, sendo que a judicialização da política é um fenômeno que decorre da invasão na competência, onde o Judiciário entra nas atribuições do Executivo ou do

Legislativo. Neste ponto, ambas são semelhantes, sendo que, nessa segunda forma, a intenção do tribunal não é corrigir um problema jurídico, mas utilizar a máquina judiciária para atender aos interesses políticos e de anseio social.

2.2 Inércia Legislativa

Um dos fatores que contribuem para os posicionamentos mais ousados e para as decisões polêmicas que vêm tomando o judiciário nos últimos anos é a inércia do Legislativo. Ocorre que esse poder se tornou, em alguns casos, refém do sistema que estrutura a política brasileira, e muitos assuntos que exigem um posicionamento. Infelizmente, os sujeitos que aí trabalham acabam sendo deixados de lado por desinteresse político dos membros da Casa Legislativa.

Portanto, ainda existem muitas questões com o cenário atual da sociedade que estão ultrapassadas. Nessa perspectiva, o direito, como uma ciência que deve evoluir constantemente, acaba sendo prejudicado. Diante disso, defende-se que o direito brasileiro deveria condizer com a teoria do Lamarckismo Jurídico que, segundo Alves, traduz-se como:

[...] na Lei do uso e desuso ou 1ª Lei de Lamarck. Segundo esta lei, os organismos desenvolvem seus órgãos segundo suas necessidades e outros se atrofiam decorrentes do desuso. Lamarck procurava explicar características no organismo que podem sofrer adaptações por impulsos internos a fim de estabelecer uma relação harmoniosa com o meio ambiente. Dessa forma, um órgão passa por transformações sucessivas para atender às necessidades do meio externo. O Lamarckismo Jurídico consiste na mudança ou modificação das normas infraconstitucionais, ou seja, normas que estão abaixo da Constituição. A sociedade não é estática, e, por conseguinte, as normas também não são elas evoluem, buscando a manutenção da organização social.

Tendo em mente que o direito brasileiro não pode preencher, em suas leis escritas, todas as hipóteses de conflitos existentes e que possam ser aplicadas em todos os cenários fáticos da vida, as lacunas deixadas pelo Legislativo devem ser preenchidas pelo âmbito judicial. Portanto, se faz necessário que este ente tenha algumas características mais flexíveis e abrangentes.

A grande questão, nesses casos que tratam de uma lacuna do poder estatal, se perfaz sobre qual seria o limite cabível para a atuação do jurídico dentro do Legislativo, pois permitir uma atitude ostensiva resulta em um fortalecimento do Judiciário, em detrimento dos demais Poderes,

acarretando em um desequilíbrio na tripartição, deixando, assim, um ente estatal se sobrepujar aos outros.

em trinta dias.

Outro ponto importante é a questão do cerceamento à democracia, uma vez que os membros do Poder Judiciário não passam por um processo de eleição popular. Sendo assim, não podem ser considerados representantes democráticos do povo.

2.3 Inconstitucionalidade por Omissão

Quando houver inconstitucionalidade por omissão do Legislativo, há duas vias cabíveis para sanar a questão: o primeiro se dá pelo controle difuso exercido por meio do Mandado de Injunção (MI); o segundo atua como controle concentrado, por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIN por omissão). Ambas têm finalidade de tornar efetiva uma norma constitucional de eficácia limitada, quando o dever normativo não for cumprido pelo Poder Legislativo.

O MI e a ADIN por omissão servem para impetrar um direito constitucional que foi violado por omissão do Estado. A grande diferença entre essas duas ações se refere ao fato que o MI influi sobre o direito concreto para um indivíduo, ou seja, o direito subjetivo, e a ADIN por omissão seria, em tese, abstrata e abrange a todos, atuando, portanto, com o controle concentrado.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º e 103:

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:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo

Ambos os controles constitucionais foram compreendidos a partir de duas teorias que ensejaram nas decisões dos Tribunais ao longo do tempo, primeiramente adotando a teoria mais conservadora não concretista, e, posteriormente, com as mudanças do quadro político e social, o STF passou a tomar decisões sob uma nova ótica, adotando a teoria concretista.

2.4 Teorias Concretista e não Concretista

A primeira teoria adotada pelos tribunais foi a não concretista, que definia os efeitos das decisões judiciais e teria o condão de meramente atestar a existência de inconstitucionalidade e, por conseguinte, notificar ao órgão Legislativo sobre a omissão, para que tomasse as devidas providências. O problema desse tipo de posicionamento está no fato de que não existe nenhum meio de coibir o Legislativo a se movimentar. Dessa forma, as decisões proferidas eram apenas para informar e não apresentavam nenhuma solução ao pleito.

A partir de 2007, o STF começou a adotar a teoria concretista. Essa teoria amplia os efeitos das decisões proferidas pelos Tribunais, além de notificar a casa Legislativa sobre a omissão, determinando como serão dirigidas as relações jurídicas até que uma lei posterior a sobrevenha. Desse modo, de acordo com essa teoria, enquanto houver omissão do Legislativo, o Judiciário aplicará, aos casos cabíveis, outros diplomas normativos, por meio de analogia ou mediante interpretação extensiva.

2.5 Sentenças Aditivas

Lenza (2021, tópicos 3.7.2.1 e 3.7.2.2) relata que as sentenças manipuladoras, manipulativas ou normativas, que são resultado do ativismo judicial, têm origem na Europa, especialmente na Corte Italiana. Trata-se de sentenças em que o julgador atua como legislador positivo, substituindo ou alterando a norma, e não somente declarando uma lei inconstitucional com intenção de adequá-la à Constituição. A sentença manipulativa aditiva declara uma lei inconstitucional, não pelo que está expresso no texto, mas por omissão do texto constitucional. A sentença manipulativa substitutiva declara a inconstitucionalidade de um preceito, na parte em que expressa certa norma em lugar de outras, substancialmente distinta, que dele devia constar para que fosse compatível com a Constituição.

Há críticas e contracríticas às chamadas sentenças manipulativas ou normativas. Há quem suscite, por exemplo, que tais decisões ofendem o princípio democrático do Estado, desrespeitam a separação de poderes, além de gerar inúmeros

problemas sistêmicos. Diante disso, Salgado (ano 2018, p. 22.) assevera que essas decisões ofendem o princípio democrático de direito, pois são proferidas por juízes e eles não foram eleitos pelo povo, logo, não receberam o mandato oficial para acrescentar a ordem jurídica, ou seja, há uma falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário. Tal autor menciona, também, que há ofensa ao princípio da separação dos poderes, porque, ao acrescentar ou substituir uma norma jurídica, o judiciário atua como legislador positivo, ou seja, não somente declarando uma lei inconstitucional, mas, também, exercendo uma função atípica, inovando com preceitos não previstos em lei.

Conforme preceitua Barroso (2019, p. 58), “[h]á inconstitucionalidade por omissão parcial relativa quando a lei exclui de seu campo de incidência determinada categoria que também deveria estar incluída, privando-a de um determinado benefício, em afronta à isonomia”. Luís Roberto Barroso e Patrícia Mello (2019, p. 295-334) também explicam que “uma das técnicas de decisão intermediária entre a declaração de constitucionalidade e o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma”, ou seja, há uma técnica que se põe entre a declaração de inconstitucionalidade e o reconhecimento da constitucionalidade da norma. Ambos afirmam que não há ofensa ao princípio democrático porque as decisões aditivas tratam apenas de uma “alternativa viável” aos juízes, quando houver possibilidade de existência de uma única solução constitucional para o preenchimento da omissão parcial.

Diante de todo o exposto, será demonstrado, nos próximos tópicos, a exorbitação da atuação do STF em caso que não lhe é cabível, como, por exemplo, a criação de leis penais, especialmente no que diz respeito à equiparação do crime de homofobia ao de racismo.

É importante salientar que, além do princípio da separação dos poderes, a analogia *in malam partem*, que trata da proibição do judiciário utilizar de casos análogos, sem previsão em lei, para julgar casos específicos, neste caso, seria prejudicial ao réu, pois não há previsão legal, logo, não se deve utilizar a analogia em caso de omissão do legislador. É de suma importância também destacar o princípio da reserva legal, basilar da construção do direito penal, cujo teor diz respeito ao fato que o cidadão só será punido em razão de crime previsto em lei. Assim, quando o judiciário decide além de sua competência, inovando a ordem jurídica, viola o princípio da reserva legal.

É contraditório que, ao tempo que o STF possui intenção de criminalizar uma conduta considerada reprovável pela sociedade (condutas homofóbicas), inova a lei penal e pune pessoas que, em tese, cometeram um crime que não é

previsto na legislação. Assim, torna a beneficiar alguns e prejudicar outros, no momento em que pune alguém pelo crime não previsto no Código Penal. Fere-se, então, o princípio da anterioridade: “Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Vale destacar que o Código Penal é claro e objetivo ao abordar que não haverá crime sem lei anterior que o defina, logo, se não há lei, não há crime. Além disso, o referido documento complementa no sentido de que não haverá pena sem prévia cominação legal.

O STF interfere em determinados assuntos perante o silêncio do legislador. Diante disso, ocorre que a atuação ilimitada e desenfreada pode ser perigosa para a nossa sociedade, especialmente quando se trata de um dos bens jurídicos mais importantes: a liberdade. Logo, cada Poder deve se resguardar e atuar dentro de suas competências e atribuições. Dessa forma, a sociedade deve cobrar de quem tem a real competência de criar leis e punir os crimes que são devidos.

2.6 Limites do Poder Judiciário

No âmbito da teoria da tripartição dos poderes já abordada, cada um dos três entes estatais carrega, consigo, uma incumbência primordial, que acarreta em obrigações e, eventualmente, resulta em um limite de atuação. No que tange ao Judiciário, traz para si o compromisso de ser o guardião da Constituição e das leis ordinárias, cabendo a ele julgar e tomar suas decisões mediando as relações jurídicas na sociedade, segundo a concepção de Moraes (ano 1998 p. 59):

O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como um poder autônomo e independente, de importância crescente no Estado de Direito, pois, como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, pura e simplesmente, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios.

Quando se trata do limite do Poder Judiciário, deve-se ter em mente que esse poder deve atuar em conformidade com as leis pátrias, priorizando-se a Carta Magna, em conformidade com os princípios norteadores que regem o direito brasileiro.

Nos casos em que o Judiciário age de forma ativista, tomando a iniciativa na tomada de

decisões, isso acaba ferindo o princípio da separação dos poderes. Esse fenômeno pode criar uma instabilidade jurídica, gerar repercussões inesperadas e imprevisíveis, principalmente nas questões que dizem respeito a funções inerentes ao Legislativo. Sarmiento (2010, p. 200) traz a perspectiva de que

[m]uitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar o seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser .

Dessa forma, o limite para a atuação do magistrado encontra-se única e exclusivamente na Constituição Federal e nas leis. Se todo magistrado se deixar guiar por sua bússola moral e ideológica, não seriam necessárias as leis, muito menos o Poder Legislativo. Portanto, esses limites existem para preservar a justiça e não tornar a sociedade refém dos julgamentos inconstantes de um dos Poderes. Por conseguinte, o dever do Judiciário deve ser o poder mais firme e não se apresentar de forma volátil, como os demais da República Federativa Brasileira.

3. ANÁLISE DA ADO Nº 26 E MI Nº 47.33

Diante do que foi exposto anteriormente, faz-se necessária a análise do caso concreto, a qual versará a respeito das ações propostas perante o Supremo Tribunal Federal (ADO nº 26 e MI nº 47.33), em busca do preenchimento da inexistência de lei em relação à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.

Em 2001, foi apresentado, pela Deputada Federal Iara Bernardi, o primeiro Projeto de Lei que propôs sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual. Ocorre que o projeto tramitou durante anos entre as duas casas legislativas, mas não vigorou e acabou sendo arquivado. A história se repetiu com outros projetos de leis no mesmo sentido, e todos tiveram o mesmo fim

Após quase 20 anos da mora legislativa, em decorrência da inércia do Poder Legislativo em relação ao assunto, o STF se pronunciou sobre a criminalização da homofobia e da transfobia, tema de elevada controvérsia moral, social e cultural na nossa sociedade. Sendo assim, julgou, em conjunto com uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF, proposta pelo Partido Popular Socialista, de relatoria do Ministro Celso de Mello e o mandado de injunção 47.33, de autoria da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, de relatoria do ministro Edson Fachin.

3.1 Dos Pedidos Iniciais da ADO e do MI

Inicialmente, é preciso mencionar que, conforme postulado pelo Partido Popular Socialista, autor da ADO 26/DF e da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, autora do MI 4.733/DF, houve um pedido de reconhecimento da existência de situação de omissão inconstitucional imputável ao Poder Legislativo, em consequência disso, a cientificação do Congresso Nacional, para que adote as providências necessárias à concretização das normas constitucionais transgredidas, assim estabelecendo um prazo razoável para esse fim.

Argumenta-se, também, que a omissão expõe esse grupo à violência e a graves ofensas em razão da escolha de sua orientação sexual e o gênero no qual se identificam. Assim, defende-se que essa tutela do Estado só seria possível mediante a tipificação penal dos atos discriminatórios, em razão da orientação sexual e da identidade de gênero. Além disso, segundo os autores, a homofobia e a transfobia se enquadram na definição ampla de racismo, conforme estabelecido na Lei 7.716/1989, conhecida como a lei antirracismo .

Pontua-se, então, que a discriminação aos constituintes do grupo LGBT compreende-se não apenas na concepção de racismo, bem como na própria Constituição Federal, no art. 5º, inciso XLI e XLII, que prevê a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Isso que impõe ao Congresso Nacional o dever de criar norma de criminalização de condutas preconceituosas ou discriminatórias, em razão de orientação sexual ou identidade de gênero .

Requeru-se, caso esse entendimento não prevaleça (equiparação ao racismo em sentido amplo), a inovação da ordem positiva, ou seja, a tipificação, ainda que por decisão judicial, das condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, definindo, também, a respectiva cominação legal, superando-se, em caráter absolutamente excepcional, o princípio “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*” .

Por fim, alude-se à responsabilidade civil objetiva do Poder Público, a condenação da União Federal e dos congressistas responsáveis pela mora e pela efetivação da prestação legislativa. Pleiteou-se, desse modo, a indenização ao grupo LGBT prejudicado pela omissão legislativa. Sendo assim, além da procedência dos pedidos, por maioria dos membros do STF e nos termos do voto do relator, os membros declararam a inconstitucionalidade da omissão do Congresso Nacional e apresentaram sua interpretação conforme a Constituição, equiparando a homofobia e a transfobia ou qualquer outra forma de preconceito ao crime de racismo, conforme previsto na Lei 7.716/1989, até que sobrevenha outra lei acerca do assunto.

3.2 Breves Considerações sobre a Decisão do STF

O relator da ADO, Ministro Celso de Mello, votou pela procedência parcial dos pedidos das duas ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade 26 e Mandado de Injunção 47.33. Então, no tocante ao pedido de tipificação penal das condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, o relator entendeu a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista a inadmissibilidade de substituição do Congresso Nacional que, nesse caso, seria a clara transgressão ao postulado constitucional da separação de poderes e, também, uma ofensa ao princípio da reserva absoluta da lei formal em matéria penal. Conforme trecho a seguir do voto do Relator, Mello (2019, p. 27, grifo nosso) afirma o seguinte:

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. Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal. Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresse reconhecimento na

Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu.

Eis a contradição da argumentação: o Ministro suscita o respeito ao art. 5º, inciso XXXIX da CF/88, no qual se prevê que “*não há crime nem pena sem lei anterior que o defina*”. Defende-se, então, a reserva constitucional de lei em sentido formal presente na CF/88, no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Nesse sentido, ainda, acrescentar ao conceito de racismo – ainda que em sua dimensão social – qualquer discriminação homofóbica e transfóbica, também se trata de uma inovação na tipificação penal. Isso porque, se não existe na lei, trata-se de modificação. Assim, utiliza-se de um jogo de palavras e de interpretação distintas ao conceito de racismo para justificar a sua argumentação. Diante do exposto, é possível perceber que há uma contradição em seus argumentos. A depender da interpretação, ora se pode invadir a competência do Legislativo, ora não se pode.

Em seu voto, o relator arrola as possibilidades de colmatação da vacância legislativa em relação a discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais do grupo LGBT. Utiliza-se, então, da interpretação conforme o art.5º, inciso XLI da Carta Maior (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”).

Nesse interim, se a lei tem que punir qualquer discriminação atentatória, pode utilizar um conceito que já existe, o racismo, previsto na Lei 7.716/89, e incluir tal abordagem na sua interpretação. Conforme citado acima e em sua própria argumentação, o Ministro defende a separação dos poderes e o princípio da legalidade penal. Em seguida, ele defende a ampliação de um conceito de crime já existente, estendendo o seu conceito à noção de racismo social. Há incongruência clara, no tocante que, sugerir interpretação diferente e ampliar o conceito de um crime já existente, enquadra-se em inovação na lei penal, apenas mudando a forma de fazê-la.

A respeito do princípio da reserva legal, faz-se necessário destacar o precedente julgado pela segunda turma do STF, o RHC 121.835Agr/PE, cujo relator foi o próprio Ministro Celso de Mello:

Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penal, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF)”

Este julgado traduz a importância do princípio da reserva legal. Destaca-se, desse modo, o entendimento da própria Corte Suprema sobre o respeito à lei interna formal e direta de regras no direito penal. Entende-se, nesse âmbito, que a extensão do tipo penal a fim de abranger situações não tipificadas formalmente em lei incriminadora – princípio da reserva legal – constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos.

Segundo o Ministro, uma vez reconhecida a inércia do Congresso Nacional na implementação legislativa de uma cláusula veiculadora de mandado de incriminação, Mello (2019, p. 156-157) fundamentou o seu voto da seguinte forma:

- (a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandato 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 LGBT;
- (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 LGBT, 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; e
(e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento .

Aventou-se o reconhecimento do estado de mora inconstitucional e, conseqüentemente, a cientificação do Congresso Nacional, para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias para a efetivação da norma constitucional, com base no art. 103, § 2º c/c Lei nº 9.868/99, art. 12-H, “caput”. Citou-se o art. 103, § 2º da Carta maior, que afirma que, após a declaração de inconstitucionalidade por omissão, o Poder competente, ou seja, o Legislativo, será cientificado para que tome as providências necessárias.

O art. 12-H da Lei nº 9.868/99 enfatiza que “*Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias*”. Nos termos dos artigos supracitados, fica claro que a função do STF restringe-se a tão somente declarar a inconstitucionalidade e cientificar o órgão competente para que tome as medidas necessárias. A partir disso, qualquer acréscimo ou interpretação extensiva de termo já previsto em lei é uma invasão de competência.

O item “d” retrata claramente essa invasão de competência, no ponto em que o STF sugere que a homofobia e a transfobia sejam equiparadas imediatamente ao conceito de racismo e que sejam tipificados nos delitos previstos na Lei 7.716/89 quaisquer atos atentatórios e discriminatórios aos direitos e liberdades fundamentais.

No que se refere ao enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme a Constituição, acerca do conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89, o Ministro lembrou o HC 82.424, caso Ellwanger, julgado pela Suprema Corte em 2003, que enquadrou o preconceito aos judeus como crime de racismo. Requereu-se, então, a reafirmação consagrada em precedente histórico, de que a noção de racismo, para efeito da Lei 7.716/89, não se limite

ao conceito estritamente antropológico ou biológico. Suscitou-se que o conceito de racismo deve ser amplo e sociológico, de forma a abranger situações de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero.

Em vista disso, o Ministro propôs “a mera *subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente*”. Em outras palavras, atos de homofobia e de transfobia constituem manifestação de racismo, compreendidos estes em sua dimensão social.

Em complemento ao argumento, Mello (2019, p. 132) elucida da seguinte maneira:

Na realidade, o sentido de “raça” – que não se resume nem se limita a um conceito de caráter estritamente fenotípico – representa uma arbitrária construção social, desenvolvida em determinado momento histórico, objetivando criar mecanismos destinados a justificar a desigualdade, com a instituição de hierarquias artificialmente apoiadas na hegemonia de determinado grupo de pessoas sobre os demais estratos que existem em uma particular formação social. É por essa razão que o conceito geral e abstrato de racismo reveste-se de caráter amplo, sob cuja égide tornam-se enquadráveis as práticas de homofobia ou de transfobia

Em suma, o conceito de racismo foi ampliado, de forma a abarcar outros atos discriminatórios que não sejam exclusivamente em caráter biológico, alterando o seu significado original. No total, foram sete votos a favor e dois votos contra a equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo. Assim, a maioria dos Ministros da Suprema Corte acompanhou o voto do Relator da ADO e do Relator do MI, julgando como procedentes as ações, pelo reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional e aplicação da Lei 7.716/1989, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio votaram contra a criminalização da homofobia por meio de uma decisão judicial do Supremo Tribunal Federal. Em contrapartida, votaram pelo conhecimento e pelo provimento parcial da presente ação, de maneira a reconhecer a mora legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das

providências necessárias.

Nesse caso da ADO 26 e do MI 47.33, em que o STF ampliou o conceito de racismo e incluiu a homofobia e a transfobia, tal instância mostrou-se ativista, tendo em vista a criação de um tipo penal. Dessa forma, ele extrapolou suas atribuições, invadindo a esfera do Legislador, e não observando, portanto, a reserva legal, que é baluarte do direito penal.

Observa-se que a função de legislar no âmbito penal é salvaguardada pela Constituição ao Poder Legislativo, que tem por base a legitimidade democrática, da qual o Poder Judiciário é desprovido. Ressalta-se, então, que não se defende a não tipificação do crime de homofobia e transfobia, o que deve ser devidamente tratado em respeito às pessoas homossexuais e transsexuais, mas esse crime deve ser tipificado pelo Poder Legislativo, o qual tem a competência para fazê-lo.

Por fim, uma alternativa viável seria a interpretação analógica, aceita na esfera ²² penal, a qualificadora por motivo torpe, previsto no art. 121, § 2º, inciso I do Código Penal, ²³ nos casos de homicídio doloso praticado contra pessoas homossexuais e transsexuais. Ao equiparar a conduta por motivo torpe, será possível haver desestímulo às condutas homofóbicas, de forma que o STF não criaria um novo tipo penal, apenas daria uma interpretação analógica à qualificadora existente e cabível de acordo com a lei penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise da decisão do STF que trata da equiparação do crime de homofobia e transfobia ao crime de racismo previsto na Lei 7.716/1989, pode-se concluir que, sem dúvidas, houve estado de mora constitucional por parte do Poder competente, para elaborar a lei de acordo com o preceito do art. 5º, XLI e XLII, da CF em relação aos integrantes do grupo LGBT. Quase 20 anos depois da primeira proposição de lei protetiva aos direitos de homossexuais e transsexuais, o Congresso Nacional não apenas não aprovou, como anexou a outras leis, arquivou e desarquivou, e nada foi feito diante de tantos casos de violência – seja física ou psicológica – contra esse grupo minoritário.

Embora seja ainda um tema polêmico e de grande divergência em nossa sociedade, o Congresso não pode ignorar a pauta e deixar tal grupo sem resposta. É importante lembrar que se trata de vidas de pessoas que merecem respeito, que merecem viver com dignidade e que devem exercer seus direitos de liberdade sem medo de andar na rua, de sofrer preconceito ou, até mesmo, de ser impedidos de entrar em

determinado local.

É inegável que a orientação sexual e a identidade de gênero devem ser consideradas manifestações do exercício de uma liberdade fundamental, a qual deve ser protegida em face de manifestações de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação. Além do mais, a ausência de criminalização de atos homofóbicos e transfóbicos contribui para as restrições dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Por um lado, é reconhecido o direito a esse grupo a ter espaço em nossa sociedade, mas que seja feito da forma correta, seguindo os preceitos fundamentais da Carta Maior, respeitando as funções precípuas de cada Poder, garantindo, assim, a segurança jurídica e a ordem constitucional.

De outro lado, é preciso respeitar e ter consonância com o princípio basilar do direito penal, o princípio da reserva legal. O ditame é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – conforme inciso XXXIX do artigo 5º. Decorrente desse importante princípio da esfera penal há garantias como a proibição da analogia, a vedação à retroatividade da lei penal, a utilização do direito consuetudinário para agravar as penas. Desse modo, é possível concluir que tais princípios não foram respeitados, pelo STF, ao proferir a sentença, ampliando o conceito de racismo.

Vale destacar que o STF, com o intuito de proteger esse grupo minoritário e suprir a inexistência de lei específica, acabou por invadir a competência do Poder Legislativo e criar um tipo penal. Assim, tal instância legislativa ampliou o conceito de racismo e incluiu a homofobia e a transfobia, com base na interpretação conforme a Constituição Federal. Ora, se cada vez que for constatada ausência de legislação ou inércia legislativa, e o STF reconhecer uma nova interpretação fazendo uma analogia a um conceito já existente em lei, criando um novo tipo penal, ocorrerá uma desordem completa, gerando enorme insegurança jurídica aos cidadãos.

Nos casos de homicídio doloso, para não criar um tipo penal, o STF poderia ter utilizado a interpretação analógica, mediante a qualificadora por motivo torpe, previsto no art. 121, § 2º, inciso I do Código Penal, nos casos de conduta contra pessoas homossexuais e transsexuais.

Além do mais, é importante citar o princípio da proibição de analogia *in malam partem*, que é a aplicação de analogia em casos semelhantes. Isso porque o STF incluiu o conceito de homofobia e transfobia no conceito de racismo em sua dimensão social, no sentido de que não se trata apenas de características fenotípicas e biológicas, mas também de grupos minoritários que sofrem determinado tipo de preconceito na

sociedade. Se o STF amplia um conceito preexistente, ou seja, cria um tipo penal baseado na analogia e na interpretação, prejudicará o réu por analogia, e não por um crime previsto expressamente em lei.

Ademais, é de suma importância observar o princípio da separação dos poderes. Assim, cada Poder deve exercer primordialmente a sua função típica e, em segundo plano, sua função atípica. Desse modo, a função do STF é atuar como o guardião da Constituição, sendo que uma destas funções faz-se por meio de controle de constitucionalidade de forma abstrata ou mandado de injunção. No caso de ação de controle de inconstitucionalidade por omissão, o STF deve declarar a inconstitucionalidade por omissão e dar ciência ao Poder Legislativo para adoção das necessárias providências.

Conclui-se que a Corte Suprema não tem o condão de criar norma e se utilizar da analogia para criminalizar condutas que não existem no ordenamento jurídico. Por conseguinte, embora tenha sido reconhecida a omissão por inconstitucionalidade, é necessário cobrar de quem tem competência para tanto. Entende-se que há um clamor social, de que as pessoas desse grupo precisam dessa proteção, que é devida, inclusive, mas que a omissão não pode ser resolvida extrapolando os limites e usurpando princípios constitucionais basilares do direito. É necessário, então, garantir a segurança jurídica e a devida harmonia entre os Poderes da República Federativa do Brasil.

Referências

ALVES, Ítalo Miqueias da Silva. O Darwinismo Jurídico e a teoria Lamarckista das normas infraconstitucionais tendo em vista o seu respectivo embasamento social. **Revista eletrônica: Jus**, s. p., 26 out. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61462/o-darwinismo-juridico-e-a-teoria-lamarckista-das-normas-infraconstitucionais-tendo-em-vista-o-seu-respectivo-embasamento-social> Acessado em: 30 out. 2022.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução: Nestor Silveira. São Paulo: editora da Folha de São Paulo, 2010.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais - Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. **Revista Jurídica da AJURIS**, Porto Alegre, v. 46. n. 146, p. 295-334, jun. 2019.

BERNARDI, Iara. **Projeto de Lei nº 5003, de 07 de agosto de 2001**. Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842> Acesso em: 18 out. 2022.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**, de 7 de dezembro de 1940. 5 ed. Brasília: Edipro, 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIAS, Maria Berenice. O casamento igualitário no Brasil. **Revista eletrônica: Maria Berenice Dias**, s. p., s. d. Disponível em: https://berenedias.com.br/o-casamento-igualitario-no-brasil/#_ftn29 Acessado em: 30 out. 2022.

FREITAS, Vladimir Passos de. Ativismo judicial: afinal, do que se trata? **Revista eletrônica Consultor Jurídico**, s. p. 12 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata#:~:text=O%20ativismo%20judicial%20tem%20a,novas%20Constitui%C3%A7%C3%B5es%20dos%20pa%C3%ADses%20democr%C3%A1ticos>. Acessado em: 30 out. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. 29

LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Manual didático de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução: Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. Controle externo do Poder Judiciário – inconstitucionalidade. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 140, p. 59-64, out./dez. 1998.

MORESO, José Juan. Ativismo Judicial: Nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 11, p. 37-58, jan./jun. 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

SALGADO, Eneida Désirée. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira De Estudos Políticos**, v. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES**, n. 65, p. 1-25, 1995.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº26**. Relator ministro Celso de Mello. Brasília: Plenário. Julgado em: 13 jun. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> Acessado em: 09 nov. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção (MI) nº4.733**. Relator ministro Edson Fachin. Brasília: Plenário. Julgado em: 13 jun. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acessado em: 29 out. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança nº23.452-1**. Relator ministro Celso de Mello. Brasília: Plenário. Julgado em: 16 set. 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966> Acessado em: 29 out. 2022.