

ATIVISMO JUDICIAL E A NOVA POSTURA DO STF NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: JUSTIÇA SOCIAL OU CRIAÇÃO JUDICIAL DE NORMA JURÍDICA PENAL NA EQUIPARAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO (ADO N.º 26/DF E MI N.º 4.733/DF)?

Wanderlei José dos Reis¹

RESUMO:

Uma das questões mais palpitantes do direito na atualidade, em sede de neoconstitucionalismo, é o das omissões legislativas inconstitucionais. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF e do Mandado de Injunção n.º 4.733/DF, que se deu em 13.06.2019, o STF, ao nivelar a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, acabou por criar um novo tipo penal e, por consequência, a atuar de forma explícita como legislador positivo, usurpando assim a função própria dos poderes representativos, Legislativo e Executivo. Daí é preciso verificar até que ponto as omissões do parlamento no seu dever de legislar autorizam os Tribunais Constitucionais a atuarem no processo legislativo, a suprir a lacuna normativa existente, com risco de incidirem em manifesto ativismo judicial.

ABSTRACT:

One of the most throbbing questions of law today, in the context of neoconstitutionalism, is that of unconstitutional legislative omissions. In the judgment of the Direct Unconstitutionality Action for Omission n.º 26/DF and Injunction Warrant n.º 4.733/DF, which took place on June 13, 2019, the Supreme Court, by leveling homophobia and transphobia to the crime of racism, ended for creating a new penal type and, consequently, acting explicitly as a positive legislator, thus usurping the proper

¹ Wanderlei José dos Reis: Pós-doutor e doutor em Direito. Mestre em Direito Constitucional. Doutorando em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa. Graduado em Direito e em Ciências e Matemática (ênfase em informática). MBA em Poder Judiciário pela FGV Rio. Especialista em Filosofia e Direitos Humanos, Educação, Direito Constitucional (dois cursos), Direito Ambiental, Direito Internacional, Direito Eleitoral, Direito Penal e Processual Penal, Direito Administrativo e Contratos, Direito Público Avançado, Direito Processual Civil Avançado, Direito de Família e Direito Tributário e Processual Tributário. Escritor. Professor. Palestrante. Conferencista. Doutrinador. Autor de inúmeras obras e artigos jurídicos publicados em revistas especializadas no Brasil e Europa. Membro Titular-vitalicío da Academia Mato-grossense de Letras (AML) e da Academia Mato-grossense de Magistrados (AMA). Juiz de direito e juiz eleitoral em Mato Grosso, ex-delegado de polícia e ex-militar de carreira do Exército.

function of the representative, legislative and executive powers. Hence, it is necessary to verify the extent to which parliament's omissions in its duty to legislate authorize the Constitutional Courts to act in the legislative process, to fill the existing regulatory gap, with the risk of incurring in manifest judicial activism.

Palavras-chave: STF. Constituição Federal. Direitos fundamentais. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Inércia do legislador. Ativismo judicial.

Keywords: STF. Federal Constitution. Fundamental rights. Direct action of unconstitutionality by default. Legislator's inertia. Judicial activism.

1. Considerações iniciais

A Constituição Federal analítica de 1988, intitulada de “*Constituição Cidadã*” por Ulysses Guimarães (presidente da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988), albergou uma série de direitos e garantias individuais do cidadão em face do Estado, sendo considerada a mais democrática do mundo.

Com efeito, a Carta Constitucional previu mecanismos processuais para que o cidadão, diante da omissão ou atuação ineficiente dos poderes políticos, pudesse exigir o cumprimento dos compromissos constitucionalmente assumidos pelos órgãos estatais, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, inciso I, alínea *a*, CF), da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF), da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, CF) e do mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI, CF).

Essa diversidade de instrumentos de acesso à justiça à disposição dos cidadãos, aliado à vedação ao *non liquet* – que impõe o dever constitucional aos juízes e tribunais de apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito –, ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, CF: que estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) e à ampla constitucionalização de matérias que antes figuravam na pauta do legislador ordinário, fez com que houvesse um fortalecimento institucional do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, como principal garantidor das promessas constitucionais frustradas.

Neste sentido, o art. 102, *caput*, do Estatuto Fundamental de 1988, estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição. Da mesma forma, o art. 103, § 2º, do mesmo Pergaminho Político, dispõe que, ao ser

reconhecida 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 em trinta dias.

Conforme se vê, *prima facie*, a Lei Máxima brasileira, ao tratar da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF), em princípio, não deixa dúvidas quanto à impossibilidade de o STF suprir, por meio de decisão judicial, a lacuna normativa existente.

Portanto, uma das questões mais palpitantes do direito na atualidade, em sede de neoconstitucionalismo, é o das omissões legislativas inconstitucionais, que obstam a plena eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Com isso, a questão subjacente relevante que se coloca aqui é até onde pode ir o poder do Tribunal Constitucional (STF) nos processos de controle da omissão inconstitucional, com vistas ao papel da Corte de defender a força normativa da Constituição e, deste modo, assegurar a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

A despeito das críticas da doutrina constitucional, importa consignar que o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF², de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção n.º 4.733/DF³, de relatoria do ministro Edson Fachin, iniciado em 13.02.19 e concluído em 13.06.2019, sinaliza uma verdadeira guinada jurisprudencial do STF.

No caso em espécie, o Partido Popular Socialista, autor da ADO n.º 26/DF, e a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, autora do MI n.º 4.733/DF, requereram que a Corte reconhecesse a mora do Congresso Nacional no tocante à elaboração de uma lei que criminalizasse a homofobia e a transfobia. Assim, diante da ausência de propostas legislativas neste sentido, pediram que tais condutas fossem equiparadas ao crime de racismo.

Em 13.06.2019, o STF, por maioria e nos termos do voto do ministro Celso de Mello, decidiu pela procedência dos pedidos formulados na ADO n.º 26/DF e no MI n.º 4.733/DF para, além de declarar a inconstitucionalidade da omissão do Congresso Nacional, dar interpretação conforme a Constituição, enquadrando a homofobia e a

2 BRASIL. STF. ADI n.º 26/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2019, publicado em 28.06.2019.

3 BRASIL. STF. MI n.º 4.733/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2019, publicado em 28.06.2019.

transfobia, ou qualquer que seja a forma da sua manifestação, no crime de racismo, definido na Lei n.º 7.716/89, até que o Congresso edite uma norma autônoma.

Deste modo, o objetivo do presente ensaio acadêmico é analisar a postura do STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF e do Mandado de Injunção n.º 4.733/DF, sem considerar o mérito da questão, ou seja, se a pretensão dos autores em si merecia ou não guarida judicial. Portanto, a análise que aqui se propõe a realizar, no plano acadêmico e teórico constitucional, se restringe à legitimidade do STF para editar norma *in abstracto*, sem ter sido eleito democraticamente para isso, ou seja, agindo com manifesto ativismo judicial por invasão às competências constitucionais dos poderes representativos.

2. Análise do tema

2.1 Breve histórico necessário da Corte Constitucional brasileira: trajetória e composição do STF

Em 1587, na cidade de Salvador, atualmente Estado da Bahia, foi criado o primeiro Tribunal de Relação, porém, não chegou a ser instalado pelo fato de seus integrantes não terem chegado ao país. Apenas no ano de 1609, D. Filipe III, por meio de Alvará, ordenou que fosse constituída, na mesma cidade, a Relação do Brasil, a qual foi suprimida em 1626 e, no ano de 1652, foi restaurada por D. João VI.

Um século mais tarde, em 13 de outubro de 1751, D. José I instituiu a Relação do Rio de Janeiro, fazendo com que a da Bahia perdesse o título de Relação do Brasil. Posteriormente, em 1763, a sede do governo-geral foi transferida de Salvador para a cidade do Rio de Janeiro, no Estado do Rio de Janeiro.

No ano de 1808, com a chegada da Família Real portuguesa ao Brasil, o príncipe regente D. João VI instituiu, através de Alvará Régio, de 10 de maio de 1808, a Casa de Suplicação, no Rio de Janeiro, com a mesma competência da Casa de Suplicação de Lisboa.

Após a proclamação da independência do Brasil, ocorrida em 7 de setembro de 1822, a Constituição de 1824, em seu art. 163, dispôs sobre a criação de um Tribunal, composto de juizes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades. Assim, surgiu o Supremo Tribunal de Justiça, composto por dezessete juizes, que, embora criado por Lei

Imperial de 1828, foi instalado em 09 de janeiro de 1829, o qual veio a subsistir até a data da criação do Supremo Tribunal Federal.

Efetivamente, o Supremo Tribunal Federal foi criado somente após a proclamação da república, por meio do Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, tendo a sua existência constitucionalmente garantida na Constituição de 1891, em seu art. 55⁴. Mais adiante, a Constituição de 1934 alterou a sua nomenclatura, passando a intitulá-lo de Corte Suprema, sendo que, com o advento da Constituição de 1937, foi restabelecida a denominação anterior, Supremo Tribunal Federal, a qual foi mantida, até os dias atuais, pelas sucessivas Leis Excelsas.

Dessa forma, por influência de Rui Barbosa, o STF surgiu com inspiração na Suprema Corte Norte-americana, com o controle difuso de constitucionalidade das leis (art. 59, § 1º, *b*, Constituição de 1891), composto de quinze ministros, sendo que, posteriormente, foi agregado ao ordenamento constitucional brasileiro o controle de constitucionalidade concentrado, inspirado no modelo europeu.

No tocante ao número de ministros integrantes da Corte, houve diversas composições durante o seu percurso histórico. Na Constituição de 1891, por exemplo, o STF era composto por quinze juízes, nomeados pelo presidente da república com posterior aprovação pelo Senado (art. 56, CF/1891), dentre os cidadãos de notável saber e reputação. Com isso, considerando que este dispositivo mencionava apenas “notável saber”, e não “notório saber jurídico”, o médico Cândido Barata Ribeiro chegou a ser nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal, em 23.10.1893, porém, o Senado negou a sua aprovação, em 24.09.1894, justamente pela ausência de conhecimentos jurídicos necessários para o exercício do cargo.

Encerrada a Revolução de 1930, com o fim da “Política do Café com Leite”, o governo provisório decidiu, pelo Decreto n.º 19.656, de 03.02.1931, reduzir o número de ministros para onze, o que foi mantido na Constituição de 1934, na Carta Federal de 1937 e na Constituição Federal de 1946.

Durante a ditadura militar, o Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, alargou o número de ministros para dezesseis, quadro este corroborado pela Carta Federal de 1967.

4 Art. 55, *caput*, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891: “O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar”.

O Ato Institucional n.º 06, de 01.02.1969, por seu lado, restabeleceu o número de onze ministros – o que permanece até hoje, conforme dispõe o art. 101, da atual Carta Constitucional de 05 de outubro de 1988⁵ –, ocasionando o não preenchimento das vagas que surgiram, *a posteriori*, até o atendimento desta determinação numérica.

Por fim, consoante restou estabelecido no art. 102, *caput*, do Estatuto Político de 1988, compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, não se configurando ele, todavia, um Tribunal Constitucional puro como se vê na Europa, já que a ele também assiste competência jurisdicional elencada no art. 102, da Constituição: a) As competências originárias, insculpidas no art. 102, inciso I, alíneas *a a r*, da Constituição, dizem respeito às matérias que são julgadas em primeira e única instância; b) As competências recursais ordinárias estão elencadas no art. 102, inciso II, alíneas *a e b*, da Constituição Federal: julgar em recurso ordinário: a) o *habeas-corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político; c) As competências recursais extraordinárias estão no art. 102, inciso III, alíneas *a a d*, da Lei Máxima.

2.2 O papel das Cortes Constitucionais no neoconstitucionalismo

Com o declínio do Estado liberal (Estado de Direito legalista) e o advento do Estado social e democrático de Direito (Estado dirigente), verifica-se uma reformulação do papel dos poderes estatais. O Poder Judiciário, antes limitado a mero intérprete mecânico da lei, tem sua musculatura institucional fortalecida, especialmente no campo das políticas públicas, diante do reconhecimento da força normativa da Constituição e, dessa forma, a lei deixa de ocupar a primazia no ordenamento jurídico. A jurisdição constitucional, da mesma forma, ganha mais visibilidade, sobretudo com o exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

A partir do constitucionalismo do pós-guerra, intitulado de neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo ou constitucionalismo contemporâneo, no século XX, se dá a superação do positivismo e do jusnaturalismo, consagrando-se os princípios como núcleo das constituições, que, deste momento em diante, passaram a exercer papel primordial nos ordenamentos jurídicos e, em que pese alguma resistência

5 Art. 101, *caput*, da atual Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988: “O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”.

doutrinária, fato é que o neoconstitucionalismo tem se consolidado como a teoria do direito mais adaptável ao sistema brasileiro para interpretação da Constituição, diante da grande indeterminação semântica de suas cláusulas, realçando assim a supremacia da Carta Política e conferindo densidade aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, cerne do constitucionalismo contemporâneo.

O neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo, para Dworkin, buscou a superação do legalismo rigoroso, atributo do positivismo jurídico, sem se valer das categorias metafísicas do jusnaturalismo, no qual se destacam: a atribuição de normatividade aos princípios e a sua correlação com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a criação de uma nova interpretação constitucional; e a construção de uma teoria dos direitos fundamentais alicerçada sobre a ideia de dignidade da pessoa humana. Em suma, o neoconstitucionalismo abriu as portas do direito para o debate moral.⁶

De um modo geral, o neoconstitucionalismo representa um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser mencionadas: I) como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de Direito, cuja afirmação se deu ao longo das décadas finais do século XX; II) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a consagração dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética; e III) como marco teórico, o arcabouço de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Logo, desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do direito.⁷

No mesmo embalo, Möller define o neoconstitucionalismo como “um movimento jurídico que abarca grande parte das práticas judiciais do constitucionalismo contemporâneo e que aproxima os ordenamentos jurídicos do *civil law* de algumas características do direito constitucional próprio do sistema *common law*”⁸.

6 DWORKIN, Ronald. Introduction: the moral reading and the majoritarian premise. In: **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 1-38.

7 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 209-215.

8 MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 43.

Em princípio, o neoconstitucionalismo, ou nova interpretação constitucional, não teria como objetivo promover a ruptura com os procedimentos convencionais de interpretação da norma, como a subsunção, ou diminuir a importância das regras, mas, sobretudo, auxiliar na interpretação das cláusulas constitucionais que, em virtude de sua indeterminação semântica e alto teor axiológico, exigem por parte dos juízes, em especial os juízes constitucionais, a adoção de novos métodos hermenêuticos para que se chegue à solução constitucional adequada ao caso concreto:

Portanto, ao se falar em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções substantivas. Embora a história das ciências se faça, por vezes, em movimentos revolucionários de ruptura, não é disso que se trata aqui. A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega ideias que anunciam novos tempos e acodem novas demandas.⁹

Não há dúvida de que, com o advento do constitucionalismo do segundo pós-guerra, houve um claro rompimento com o positivismo jurídico que outrora predominava no pensamento jurídico, marcado pela primazia da legislação ordinária no ordenamento jurídico. A Constituição, com efeito, era vista como um documento formal desprovido de normatividade, que continha tão somente as regras do jogo político. Com a superação do ideário positivista, a Constituição passa a ocupar o ápice da pirâmide normativa, funcionando não somente como parâmetro de conformação da atividade legislativa, mas de todas as ações do Poder Público. A esse novo movimento teórico, que marcou a derrocada do positivismo legalista (*dura lex sed lex*) e que ainda está em construção, dá-se o nome de neoconstitucionalismo, conhecido também como novo direito constitucional, pós-positivismo, entre outros.

Nesse novel panorama constitucional, os princípios jurídicos, que antes exerciam o papel de suplemento interpretativo e de mera pauta axiológica, passam a ostentar caráter de norma jurídica – ao lado das regras –, dotados de eficácia jurídica e aplicabilidade

9 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 348.

imediate, sendo posteriormente incorporados à Constituição. Agora, com a roupagem e status constitucional.

A partir daí, os Tribunais Constitucionais, responsáveis pela guarda da Constituição, passaram a desempenhar um comportamento mais incisivo e proativo, no intuito de assegurar o cumprimento dos preceitos estabelecidos na Lei Fundamental (força normativa), em especial para a concretização dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Nas democracias contemporâneas, as Cortes Constitucionais exercem o papel de intérprete último da Constituição. Deste modo, no Brasil, tal mister cabe ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição (art. 102, *caput*, CF), responsável pela fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais.

Assim, considerando que a Constituição é compreendida atualmente não como um sistema fechado de regras jurídicas, mas como um sistema aberto de regras e princípios jurídicos (concepção hesseniana), considerando ainda as particularidades das normas constitucionais, a interpretação constitucional se afigura como uma tarefa bastante complexa. Isso porque tais normas, por serem dotadas de um menor grau de determinação, normas-princípio, exigem um esforço hermenêutico diferenciado e acabam por conferir certa discricionariedade ao intérprete no exercício do seu mister. Essa prática tem sido vista com mais frequência em relação às normas que versam sobre direitos fundamentais, que possuem maior padrão de abertura e caráter principiológico.

Outrossim, a Constituição brasileira, que em outros tempos figurava somente como um documento formal que apenas continha as regras do jogo político, sem qualquer efeito vinculativo, passou, com o texto atual de 1988, a ocupar o ápice do sistema normativo brasileiro, com cláusulas dotadas de imperatividade, as quais passaram não apenas a disciplinar o modo de produção e aplicação das leis e atos normativos, mas também a impor limites à atuação do Estado, regrido a forma de aquisição e exercício do poder, de modo a resguardar os direitos e garantias fundamentais do cidadão, elegendo para seu guardião a instituição STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário (arts. 92, inciso I e 102, *caput*, CF).

Sucedem que, no exercício de seu mister, por vezes, o Supremo Tribunal Federal tem desbordado de seus limites institucionais, invadindo a esfera de atuação do Legislativo e do Executivo, principalmente nos casos de inércia no tocante à produção

legislativa ou implementação de políticas públicas, minando as bases sob as quais repousa o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF) e ferindo o princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF), que não é um fim em si mesmo, mas um mero instrumental arquitetado para coibir o arbítrio e se viabilizar a defesa dos direitos fundamentais.

Ao agir dessa forma expansiva, fora dos limites de suas competências constitucionais, o STF tem sido acusado de ativista, já que o ativismo judicial, na maioria das vezes, é tratado em uma acepção pejorativa, como um fenômeno nocivo ao arranjo institucional e à separação dos três poderes, tal qual prevista no art. 2º da Carta Constitucional – São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Neste diapasão, o ativismo judicial deve ser entendido como “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo)”¹⁰.

O ativismo judicial, portanto, não é apenas um simples movimento teórico, mas se trata de um fenômeno político-jurídico que, em função dos reflexos que pode gerar no âmbito social e político, pela violação da Constituição, tem alçado a atenção da doutrina constitucional contemporânea.

2.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão: considerações necessárias

O art. 103, § 2º, da Constituição Federal de 1988, ao tratar da ação direta de inconstitucionalidade por omissão – de competência do STF –, delimita o seu objeto, configurando-o como: “inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”. Ademais, a Lei n.º 9.868/99, em seu art. 12-B, indica como objeto da ação “I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa”.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal ainda reforçou esse entendimento no julgamento da ADI n.º 1.458-MC/DF, referindo-se ao objeto da ação direta de

10 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131.

inconstitucionalidade por omissão como: “medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis (...)”¹¹.

Com efeito, inicialmente a Lei n.º 9.868/99 não fez menção específica à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), tendo disciplinado apenas a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Porém, em 2009, através da Lei n.º 12.063/09, deu-se a normatização específica (infraconstitucional) da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, hoje constante na Lei n.º 9.868/99, mais especificamente em seu Capítulo II-A, dos arts. 12-A a 12-H, dividido em três seções (Seção I: Da Admissibilidade e do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Seção II: Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Seção III: Da Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão), *in verbis*:

Capítulo II-A

Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Seção I

Da Admissibilidade e do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Art. 12-A. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Art. 12-B. A petição indicará

I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, se for o caso, será apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão

Art. 12-C. A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

11 BRASIL. STF. ADI n.º 1.458 MC/DF - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 23.05.1996, publicado em 20.09.1996. Órgão julgador: Tribunal Pleno. DJ 20.09.1996 pp.34531 Ement Vol-01842-01 pp. 128.

Art. 12-D. Proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se admitirá desistência.

Art. 12-E. Aplicam-se ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições constantes da Seção I do Capítulo II desta Lei.

§ 1º Os demais titulares referidos no art. 2º desta Lei poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

§ 2º O relator poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 3º O Procurador-Geral da República, nas ações em que não for autor, terá vista do processo, por 15 (quinze) dias, após o decurso do prazo para informações.

Seção II

Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

§ 2º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias.

§ 3º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

Art.12-G. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de 10 (dez) dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I do Capítulo II desta Lei.

Seção III

Da Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

§ 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

§ 2º Aplica-se à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, o disposto no Capítulo IV desta Lei.

Dentro desse contexto, para Miranda, ocorre a omissão violadora da Constituição toda vez que, “mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequências mais ou menos adequadas”¹².

Da mesma forma é o magistério de Canotilho que, ao tratar da concretização das imposições constitucionais e do dever do legislador, assevera que a natureza jurídico-constitucional das imposições legiferantes, a vinculação heteronomamente determinada do legislador e a caracterização do comportamento inconstitucional omissivo permitem já uma primeira conclusão: no Estado Constitucional Democrático o legislador está obrigado, normativo-constitucionalmente, à emanação das leis necessárias à concretização das imposições constitucionais, e conclui reafirmando que “a omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas, destinadas a actuar as imposições constitucionais permanentes e concretas”¹³.

Deste modo, a omissão legislativa só será inconstitucional quando a Constituição Federal impuser ao órgão legislativo o dever de editar norma para a regulamentação de determinado preceito constitucional e ele não o faz, já que a regra para o Poder

12 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 292.

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra Editora Ltda., 1994, p. 338.

Legislativo é a liberdade de legislar quando quiser. Assim, a exceção a essa regra se dará nas hipóteses em que a Carta Constitucional lhe impõe um dever de legislar e ele se queda inerte, ensejando a chamada omissão legislativa inconstitucional, prevista expressamente pela Lei Fundamental de 1988 em seus arts. 5º, inciso LXXI e 103, § 2º, que tratam do mandado de injunção (MI) e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão ou ADO), respectivamente.

2.4 Julgamento conjunto no STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF e do Mandado de Injunção n.º 4.733/DF

No julgamento conjunto perante a Suprema Corte da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF¹⁴, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção n.º 4.733/DF¹⁵, de relatoria do ministro Edson Fachin, iniciado em 13.02.2019 e suspenso em 21.02.2019, o STF se debruçou sobre um tema de elevada controvérsia moral e social no país, a criminalização da homofobia e da transfobia.

Com efeito, o Partido Popular Socialista, autor da ADO n.º 26/DF, e a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, autora do MI n.º 4.733/DF, argumentaram que a omissão do Congresso Nacional, no que tange à elaboração de lei que criminalize condutas homofóbicas (preconceito e/ou discriminação contra homossexuais) e/ou transfóbicas (preconceito e/ou a discriminação contra travestis, transexuais e transgêneros em geral), estaria expondo os homossexuais, transgêneros e demais integrantes deste grupo a graves ofensas perpetradas contra seus direitos e garantias fundamentais, descumprindo assim o mandamento constitucional que impõe ao Estado o dever de proteção à dignidade das pessoas, sendo que essa tutela só seria possível mediante a tipificação penal dos atos discriminatórios praticados em razão da orientação sexual ou identidade de gênero.

Ainda segundo os autores, a homofobia e a transfobia são condutas que se enquadrariam à noção de racismo, tal como concebida pelo STF no julgamento do HC n.º 82.424/RS¹⁶, de tal maneira que a Lei n.º 7.716/89, conhecida como “Lei do Racismo”, ao

14 BRASIL. STF. ADO n.º 26/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2019, publicado em 28.06.2019.

15 BRASIL. STF. MI n.º 4.733/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2019, publicado em 28.06.2019.

16 BRASIL. STF. HC n.º 82.424/DF. Rel. Min. Moreira Alves. Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno, julgado em 17.09.2003, publicado em 19.03.2004.

dispensar tutela penal somente às práticas resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, teria realizado de modo incompleto o que impõe o texto constitucional, vulnerando, por omissão, o preceito estabelecido no art. 5º, inciso XLII, da Carta Política de 1988.

Em acréscimo, pontuaram que, além de estar compreendida na concepção de racismo, a discriminação endereçada aos integrantes da comunidade LGBT se encontraria igualmente abarcada pela norma do art. 5º, inciso XLI, da Constituição Republicana, que prevê a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, fato este que impõe ao Congresso o dever de editar o diploma normativo necessário à criminalização de condutas preconceituosas ou discriminatórias em razão de orientação sexual ou identidade de gênero.

Com base nesses argumentos, os autores da ADO n.º 26/DF e do MI n.º 4.733/DF requereram que a Corte reconhecesse a mora do Congresso Nacional no tocante à elaboração de uma lei que criminalize a homofobia e a transfobia. Assim, diante da ausência de propostas legislativas neste sentido, pediram que tais condutas fossem equiparadas ao crime de racismo.

Sucedeu que, no dia 23.05.2019, o Senado Federal protocolou, no bojo da ADO n.º 26/DF, uma petição, informando que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara Alta havia aprovado Substitutivo do relator, senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE), ao Projeto de Lei n.º 672, de 2019, apresentado em 12 de fevereiro de 2019 pelo senador Weverton (PDT/MA), que aprimora a Lei n.º 7.716/89 para incluir os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. No mesmo documento, noticiou também a aprovação, em caráter terminativo, do Projeto de Lei n.º 191, de 2017, de autoria do senador Jorge Viana (PT/AC), nos termos do relatório apresentado pela senadora Rose de Freitas, que altera o art. 2º, da Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), para incluir, entre os valores protegidos pela Lei Maria da Penha, também a identidade de gênero, como forma de atender aos indivíduos transgêneros identificados com o sexo feminino.

A despeito da petição encaminhada pelo Senado Federal, o Pretório Excelso, ainda no dia 23.05.2019, por maioria e nos termos do voto do relator da ADO n.º 26/DF, decidiu pelo prosseguimento do julgamento, por não vislumbrar qualquer situação configuradora de prejudicialidade.

O ministro Celso de Mello, relator da ADO n.º 26/DF, ao fundamentar o seu voto na resposta à petição do Senado Federal, ponderou que a mera existência de proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional não é suficiente, por si só, para afastar o quadro de inércia por parte do Poder Legislativo. Salientou também que a Presidência do Senado Federal, ao prestar suas informações oficiais, “esclareceu que, não obstante a diversidade de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, mesmo assim, até o presente momento, o Poder Legislativo não conseguiu atingir o consenso necessário à efetiva regulamentação do texto constitucional na matéria ora em análise”¹⁷. Por fim, vaticinou que “a constatação objetiva de que se registra, na espécie, hipótese de mora inconstitucional, apta a instaurar situação de injusta omissão geradora de manifesta lesividade à posição jurídica das pessoas tuteladas pela cláusula constitucional inadimplida (art. 5º, XLI e XLII, CF), justifica, plenamente, a intervenção do Poder Judiciário, notadamente a do Supremo Tribunal Federal”¹⁸.

De fato, em 13.02.2019, o Tribunal deu início ao julgamento conjunto do mérito da ADO n.º 26/DF e do MI n.º 4.733/DF, oportunidade em que o ministro Celso de Mello, relator, votou pela procedência dos pleitos desenhados em ambas as ações. Já em 13.06.2019, o STF, por maioria e nos termos do voto do ministro relator, decidiu pela procedência dos pedidos formulados na ADO n.º 26/DF e no MI n.º 4.733/DF para, além de declarar a inconstitucionalidade da omissão do Congresso Nacional, dar interpretação conforme a Constituição, enquadrando a homofobia e a transfobia, ou qualquer que seja a forma da sua manifestação, no crime de racismo, definido na Lei n.º 7.716/89, até que o Congresso edite uma norma autônoma.

Inicialmente, há que se colacionar, na íntegra, a fala introdutória do ministro Celso de Mello em seu voto de mais de 150 (cento e cinquenta) páginas, onde busca situar a questão no plano jurídico-constitucional à luz das omissões inconstitucionais e já esboçar, *prima facie*, o que seria o seu entendimento do caso *sub judice*, que, por sinal, veio a prevalecer:

1. Uma brevíssima constatação

17 BRASIL. STF. ADO n.º 26/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 23.05.2019, publicado em 27.05.2019.

18 Idem.

Sei que, **em razão** de meu voto e de minha conhecida posição em defesa dos direitos das minorias (**que compõem** os denominados “grupos vulneráveis”), **serei inevitavelmente incluído** no “*Index*” **mantido** pelos cultores da intolerância **cujas mentes sombrias – que rejeitam** o pensamento crítico, **que repudiam** o direito ao dissenso, **que ignoram** o sentido democrático da alteridade e do pluralismo de ideias, **que se apresentam** como corifeus e epígonos de sectárias doutrinas fundamentalistas – **desconhecem a importância** do convívio harmonioso e respeitoso **entre** visões de mundo antagônicas!!!! **Muito mais importante**, no entanto, **do que atitudes preconceituosas e discriminatórias**, tão lesivas quão atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais de qualquer pessoa, **independentemente** de suas convicções, orientação sexual e percepção **em torno** de sua identidade de gênero, **é a função contramajoritária** do Supremo Tribunal Federal, **a quem incumbe** fazer prevalecer, sempre, **no exercício irrenunciável** da jurisdição constitucional, **a autoridade e a supremacia** da Constituição e das leis da República. (grifo do autor)

Em suas razões, o ministro Celso de Mello obtemperou que, de fato, não é dado ao STF, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, colmatar a omissão apontada pelos autores, mediante a tipificação penal das condutas nocivas aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, “por importar em inadmissível substituição do Congresso Nacional – veicula clara transgressão ao postulado constitucional da separação de poderes e, também, ofensa manifesta ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penal”¹⁹. Logo, se assim o fosse, o Poder Judiciário passaria a desempenhar o papel de legislador positivo, função esta que lhe é institucionalmente estranha, “usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes”²⁰.

Por outro lado, de acordo com o relator, os homossexuais, os transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBT, ao longo de séculos, vêm enfrentando um grave quadro de repressão, de intolerância e de preconceito, em virtude de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. Tal ambiente hostil, além de marginalizá-los e

19 BRASIL. STF. ADO n.º 26/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2019, publicado em 28.06.2019; MI n.º 4.733/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2019, publicado em 28.06.2019.

20 Idem.

estigmatizá-los, acaba também por privá-los de direitos básicos, vulnerando o postulado constitucional da dignidade do ser humano. Logo, considerando que ninguém pode ser privado de direitos ou sofrer qualquer restrição em virtude de sua orientação sexual ou identidade de gênero, “os homossexuais (e também, os integrantes da comunidade LGBT) têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República”²¹.

No tocante ao direito à legislação, o ministro Celso de Mello assinalou que ele só poderá ser invocado quando também houver, simultaneamente, no texto constitucional, a previsão do dever estatal de criar normas legais. Dentro deste contexto, ao analisar o caso em exame, assentou que a Constituição traz, em seu bojo, inquestionável mandado de incriminação, ao prescrever que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, inciso XLI, CF) e “a prática do racismo constitui crime (...), nos termos da lei” (art. 5º, inciso XLII, CF)”²².

Partindo dessas premissas, o relator registrou que, da leitura do caso versado nos autos, restou provada a existência de nexo de causalidade entre o dever constitucional de legislar e a configuração objetiva da ausência de provimento legislativo. Logo, a edição de diploma legal se revela necessária, de modo a punir os comportamentos resultantes de discriminação ou de violência contra a pessoa em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.²³

De outra parte, o ministro Celso de Mello pontuou que o processo de interpretação dos textos legais e da Constituição, ao contrário do que é sustentado por alguns, não implica em usurpação das atribuições normativas dos demais poderes da República. Nesta senda, registrou que a noção conceitual de “raça”, presente na Lei n.º 7.716/89, por possuir inegável conteúdo polissêmico, tem suscitado múltiplas interpretações, que reconhecem ser possível a configuração do crime de racismo quando o comportamento preconceituoso ou discriminatório resultar da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima, “o que justifica a utilização, na espécie, do método da

21 Idem.

22 Idem.

23 Idem.

interpretação conforme, no que se refere ao conceito de ‘raça’, para os fins a que se refere a Lei n.º 7.716/89”²⁴.

Tendo como norte essa linha de intelecção, consignou o ministro relator que não se cuida, no presente caso, de criar tipos penais ou cominar penas mediante provimentos jurisdicionais, ainda que emanados do STF, mas de se ater à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos na Lei n.º 7.716/89 (Lei do Racismo), “na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social”²⁵.

Da mesma forma, enfatizou o relator que não há falar, aqui, em provimento jurisdicional de caráter aditivo ou normativo, haja vista que a interpretação levada a efeito em seu voto se limitou a adequar, mediante reconhecimento de sua identidade conceitual, condutas homofóbicas e transfóbicas à norma de tipificação penal que define a prática do racismo. Neste sentido, acrescentou que, “na realidade, está-se a utilizar o modelo de decisão de caráter estritamente interpretativo, sem que se busque reconstruir, no plano exegético, a própria noção de racismo”²⁶.

Em complemento, destacou ainda o ministro Celso de Mello que a própria utilização, na espécie, da técnica da interpretação conforme a Constituição, demonstra que não se estaria a emitir, no caso em tela, qualquer sentença de caráter aditivo, “mesmo porque, como se sabe, um dos pressupostos para que seja legitimamente proferida uma decisão de perfil aditivo consiste na impossibilidade de o Tribunal resolver a controvérsia jurídica mediante emprego do método da interpretação conforme à Constituição”²⁷.

Ao final, o relator, ao votar pela procedência dos pedidos formulados na ADO n.º 26/DF e no MI n.º 4.733/DF, sublinhou que o STF, “ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República”²⁸.

24 Idem.

25 Idem.

26 Idem.

27 Idem.

28 Idem.

Com efeito, o voto do relator foi acompanhado pela maioria de seus pares sendo que o único voto vencido no julgamento da ADO n.º 26/DF e do MI n.º 4.733/DF foi do ministro Marco Aurélio, que teceu críticas contundentes ao entendimento deflagrado pela Corte a respeito da criminalização da homofobia. Neste sentido, ao conceder uma entrevista à BBC Brasil, asseverou que, em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cabe ao Tribunal constatar o quadro de inércia estatal, sendo que, “pela Constituição Federal, se a omissão é de um Poder, cumpre ao Supremo cientificar que ele está omissivo”²⁹.

Da mesma forma, para Brondi, ao detectar a omissão inconstitucional, a Corte Suprema deveria apenas dar ciência ao Poder competente para a adoção das medidas pertinentes, aliás tal como prescrito na Carta Política de 1988. No caso da homofobia, o STF substituiu-se ao legislador ordinário e, basicamente, criou norma jurídica, logo, “assim agindo, nossa Excelsa Corte, nas acertadas palavras do ministro Marco Aurélio, deu um passo largo e temerário, ferindo de morte princípios universais e de longuíssima era. Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, revira-se no túmulo”³⁰.

De acordo com Orotavo Neto, a partir do momento em que o STF, no julgamento da ADO n.º 26/DF e MI n.º 4.733/DF, criminaliza a homofobia, “ele está, o próprio *gatekeeper* constitucional, pasme-se, violando os princípios constitucionais da cidadania e do pluralismo político (CF, artigo 1º, I e V), alicerces fundamentais do pacto federativo (CF, artigo 1º, *caput*), e usurpando a representatividade democrática dos cidadãos (*rectius*, do povo)”³¹. No mesmo contexto, afirmou que a Corte Máxima, por meio de decisão judicial, criou um novo tipo penal, atuando como legislador positivo, usurpando a função do parlamento e, “*modus et rebus*, a representatividade democrática do povo brasileiro, uma vez que os congressistas são delegatários dos cidadãos que os elegeram, exatamente para dar cumprimento à função de legislar”³².

29 Marco Aurélio critica Toffoli por mudanças na pauta do STF e defende legalizar aborto em caso de zika. In: **BBC News**. 06 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48549910>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

30 BRONDI, Paulo. Ativismo judicial-penal no julgamento da homotransfobia: um ativismo perigoso? **Justificando**. 05 de julho de 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/07/05/ativismo-judicial-penal-no-julgamento-da-homotransfobia-um-ativismo-perigoso/>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

31 OROTAVO NETO, Fernando. Ao criminalizar a homofobia, Supremo faz parecer que tenta jogar para a plateia. In: **Revista Eletrônica Consultor Jurídico - CONJUR**. 10 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-10/fernando-orotavo-criminalizar-homofobia-supremo-politizou>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

32 Idem.

Com o mesmo viés crítico, Silva vislumbrou aí ativismo judicial e argumentou que o entendimento cristalizado no julgamento da ADO n.º 26/DF e do MI n.º 4.733/DF é um exemplo claro de violação da separação de poderes por parte do STF, “em que o Poder Judiciário – que não é eleito e tampouco deve ter a pretensão de atendimento aos clamores sociais, mas apenas ao direito – simplesmente edita uma nova legislação penal – atribuição exclusiva do Congresso Nacional – por meio de uma ‘canetada’ impassível de veto pelos demais atores democráticos”³³.

Na mesma linha, Barcellos aduziu que a decisão da Corte Suprema brasileira proferida no julgamento da ADO n.º 26/DF e do MI n.º 4.733/DF demonstra um certo desequilíbrio do STF nas questões morais, em especial acerca do tema da homofobia. Para ela, o Tribunal, ao decidir pela criminalização das condutas preconceituosas praticadas contra os integrantes da comunidade LGBT, se apoiou em um suposto consenso que, atualmente, não é visível na sociedade.³⁴

A propósito, é imperioso ressaltar que a decisão do STF a respeito da homofobia repercutiu negativamente também no âmbito dos demais poderes do Estado brasileiro. O próprio presidente da República Jair Bolsonaro, por exemplo, no dia 14.06.2019, em um café da manhã com jornalistas no Palácio do Planalto, classificou a decisão do STF como completamente equivocada, pois, além de estar legislando, estaria também aprofundando a luta de classes e ferindo a liberdade religiosa. Na mesma ocasião, afirmou que a decisão poderia prejudicar a própria comunidade LGBT, porquanto, “se o dono de uma empresa for contratá-lo, vai pensar duas vezes em fazer isso já que se fizer uma piada isso pode ser levado para a Justiça”³⁵.

A deputada federal Chris Tonietto (PSL-RJ), por sua vez, assentou que o julgamento do Tribunal na apreciação da ADO n.º 26/DF e do MI n.º 4.733/DF sobre a homofobia “foi o mais absurdo dos últimos tempos” e que, demonstra, às escâncaras, o

33 SILVA, Douglas Rodrigues da. O perigo da criminalização por jurisprudência: o caso da homofobia. *In: Canal Ciências Criminais*. 24 de maio de 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/criminalizacao-por-jurisprudencia-homofobia/>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

34 BARCELOS, Ana Paula de. Pupila de ministro do STF, professora evangélica vê espaço para fé na Justiça. *In: Jornal Folha de São Paulo*, de 05.07.2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/pupila-de-ministro-do-stf-professora-evangelica-ve-espaco-para-fe-no-judiciario.shtml>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

35 BOLSONARO, Jair. Bolsonaro critica decisão do STF de criminalizar homofobia. *In: Portal Empresa Brasil de Comunicação - EBC*. 14 de junho de 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-06/bolsonaro-critica-decisao-do-stf-de-criminalizar-homofobia>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

“absolutismo do STF”. Isso porque, “ao punir como crime de racismo uma ficção jurídica, que sequer possui tipificação penal, abre o STF um precedente para todo tipo de arbitrariedade”³⁶. Ao final, a parlamentar assinala que “um Judiciário que legisla, usurpando a competência exclusiva do Congresso Nacional, desestabiliza as instituições e põe em risco a liberdade religiosa – pelas óbvias pretensões de censura da ADO n.º 26: eis o último reduto da arbitrariedade e do voluntarismo político no Brasil, o ativismo judicial, maior ameaça para o povo brasileiro”³⁷.

Ora, o fato de o Poder Legislativo descumprir o seu encargo político-jurídico não serve de pretexto para que o STF possa expedir decisão normativa provisória, porquanto cabe aos órgãos estatais competentes conferir efetividade às normas constitucionais de eficácia limitada, sob pena de resultar em usurpação, pelo juiz constitucional, de núcleo essencial de função dos órgãos com competência legislativa.³⁸

3. Considerações finais

Se, de um lado, mister se faz registrar que a omissão do Poder Legislativo em editar normas que deem eficácia plena às disposições constitucionais, que demandam regulamentação por lei ordinária ou complementar, tende a frustrar o exercício por parte dos cidadãos de direitos e garantias fundamentais que lhes foram atribuídos pelo legislador constituinte originário e que o STF, como guardião da Constituição, deve assegurar sua força normativa; por outro lado, é necessário consignar que, por falta de competência constitucional, de representatividade popular e de responsabilidade, do ponto de vista político, o STF, por vezes, usurpa competência legislativa ao deixar de ser mero legislador negativo e atuar como legislador positivo.

Portanto, mesmo sabendo que a linha limítrofe entre o direito e a política é bastante tênue, faz-se necessário avaliar até que ponto e em que medida essa ingerência do STF é benéfica ou prejudicial ao Estado Democrático de Direito. Ou, dito de outra forma, até que ponto é salutar ao regime democrático que a Suprema Corte, cujos membros não foram democraticamente eleitos, se ponha a legislar?

36 TONIETTO, Chris. Deputada católica denuncia ativismo do STF em decisão que equipara “homofobia” a racismo. *In: ACI Digital*. 12 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.acidigital.com/noticias/deputada-catolica-denuncia-ativismo-do-stf-em-decisao-que-equipara-homofobia-a-racismo-20965>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

37 Idem.

38 KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional**: limites de atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade. Curitiba: Juruá, 2015, p. 122.

Neste diapasão, um dos principais motivos a justificar a ascensão institucional do STF na última década e a prática do ativismo judicial é justamente a inércia dos poderes políticos majoritários, em especial do Poder Legislativo, no tocante ao seu dever constitucional de editar normas aptas a regulamentar, no âmbito infraconstitucional, os direitos e garantias fundamentais do cidadão, descumprindo o seu encargo político-jurídico, que é exatamente o que se deu no caso em análise.

Com efeito, como o objeto do presente estudo cinge-se à análise de um caso concreto julgado pelo STF, ADO n.º 26/DF, há que se pontuar ainda que, da cuidadosa e vagarosa leitura do extenso voto (155 páginas) do relator, ministro Celso de Mello, com todos os seus grifos no original (marca pessoal do ministro na elaboração de seus votos), há que se destacar ainda o início do dispositivo (primeiro parágrafo) onde consignou expressamente que: “**Sendo assim**, em face das razões expostas, e **acolhendo**, ainda, **os fundamentos** do parecer do [...] procurador-geral da República, **conheço**, em parte, **da presente** ação direta de inconstitucionalidade por omissão, **para, nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante**, nos termos a seguir indicados:”.

Pois bem, note-se que o relator – seguido pela maioria da Corte –, expressamente, atribuiu eficácia geral e efeito vinculante à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, à revelia do que dispõe o art. 102, § 2º, da Constituição, que estabelece que somente as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como do art. 103, § 2º, do mesmo Pergaminho Político, que dispõe que, ao ser reconhecida 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 em trinta dias.

Vê-se, assim, que o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, ao exercer o seu mister de intérprete derradeiro da Constituição, no julgamento da ADO n.º 26/DF, mesmo a pretexto de conferir interpretação conforme a Constituição, incorreu em manifesto ativismo judicial ao exercer função tipicamente legislativa, em descompasso

com as competências outorgadas pela Carta Constitucional e em violação ao princípio constitucional da separação dos poderes (art. 2º, CF), já que, em verdade, acabou, através de uma interpretação judicial criativa, por criminalizar a homofobia – ainda que esta seja uma conduta altamente reprovável no plano social –, operando uma espécie de analogia *in malam partem*, o que, ademais, é vedado no Direito Penal.

Dito isso, nos parece que, apesar de boa parte da doutrina constitucional e um segmento da sociedade ver como um avanço do STF o novo tratamento que vem sendo dado à ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ao mandado de injunção, não se pode olvidar que o Tribunal, descredenciado para criar o direito *in abstracto*, mais uma vez, agora no julgamento da ADO n.º 26/DF e do MI n.º 4.733/DF, ao nivelar a homofobia e a transfobia ao crime de racismo e atropelar o processo legislativo a esse respeito – que, naturalmente, demanda debates e maturação –, acabou por criar um novo tipo penal e, por consequência, a atuar de forma explícita como legislador positivo – em postura diametralmente oposta àquela idealizada por Kelsen de legislador negativo –, usurpando assim a função própria do Poder Legislativo (e do Executivo, através da sanção ou veto), que detém a legitimidade democrática para tanto, e incidindo em manifesto e preocupante ativismo judicial perturbador do regime democrático.

REFERÊNCIAS:

BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Pupila de ministro do STF, professora evangélica vê espaço para fé na Justiça. *In: Jornal Folha de São Paulo*, de 05.07.2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/pupila-de-ministro-do-stf-professora-evangelica-ve-espaco-para-fe-no-judiciario.shtml>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOLSONARO, Jair. Bolsonaro critica decisão do STF de criminalizar homofobia. *In: Portal Empresa Brasil de Comunicação - EBC*. 14 de junho de 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-06/bolsonaro-critica-decisao-do-stf-de-criminalizar-homofobia>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRONDI, Paulo. Ativismo judicial-penal no julgamento da homotransfobia: um ativismo perigoso? **Justificando**. 05 de julho de 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/07/05/ativismo-judicial-penal-no-julgamento-da-homotransfobia-um-ativismo-perigoso/>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra Editora Ltda., 1994.

DWORKIN, Ronald. Introduction: the moral reading and the majoritarian premise. *In: Freedom's Law: the moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional**: limites de atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade. Curitiba: Juruá, 2015.

MELLO, Marco Aurélio. Marco Aurélio critica Toffoli por mudanças na pauta do STF e defende legalizar aborto em caso de zika. *In: BBC News*. 06 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48549910>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OROTAVO NETO, Fernando. Ao criminalizar a homofobia, Supremo faz parecer que tenta jogar para a plateia. *In: Revista Eletrônica Consultor Jurídico - CONJUR*. 10 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-10/fernando-orotavo-criminalizar-homofobia-supremo-politizou>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Douglas Rodrigues da. O perigo da criminalização por jurisprudência: o caso da homofobia. *In: Canal Ciências Criminais*. 24 de maio de 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/criminalizacao-por-jurisprudencia-homofobia/>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

TONIETTO, Chris. Deputada católica denuncia ativismo do STF em decisão que equipara “homofobia” a racismo. *In: ACI Digital*. 12 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.acidigital.com/noticias/deputada-catolica-denuncia-ativismo-do-stf-em-decisao-que-equipara-homofobia-a-racismo-20965>>. Acesso em: 30 ago. 2019.