

O ATIVISMO JUDICIAL: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOB A ÓTICA DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO PENAL

JUDICIAL ACTIVISM: JURISPRUDENTIAL ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF LEGAL SECURITY IN THE CRIMINAL FRAMEWORK

Fabiana Zacarias¹
Juliana Mishima Faria²
Mariana Mishima Faria³

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a legitimidade da postura ativista do Supremo Tribunal Federal (STF), especificamente no âmbito penal. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos poderes Executivo e Legislativo. Nota-se, na ordem constitucional do Estado Democrático de Direito, um crescente desequilíbrio entre os poderes em face da inércia dos poderes políticos. Desta ascensão do poder judiciário na tomada de decisões políticas decorrentes da judicialização, exsurge o ativismo judicial. Neste contexto, questiona-se a violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2.º e no art. 60, § 4.º, inc. III, CF/88) e a legitimidade do Poder Judiciário em tomar decisões políticas. Esta produção científica tem como objetivo analisar a legitimidade da atuação ativista do STF, em face dos princípios constitucionais democráticos da separação dos poderes, legalidade e anterioridade penal.

Palavras chave: Ativismo judicial. Poder legislativo. Separação dos poderes.

ABSTRACT

The present research has the purpose to analyze the legitimacy of the activist posture of the Supreme Court (STF), specifically in the criminal sphere. The idea of judicial activism is associated with a broader and more intense participation of the Judiciary Power in the realization of constitutional values and purposes, with greater interference in the sphere of action of the Executive and Legislative powers. In the constitutional order of the Democratic State of Law, there is a growing imbalance between the powers in the face of the inertia of political powers. From this rise of the judiciary in making political decisions

¹ Mestre em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela FAAP de Rib. Preto/SP, Pós Graduada Direito e Processo Penal pela Fundação Eurípedes Soares da Rocha – Marília/SP, Advogada e professora universitária, e-mail: fazacarias@hotmail.com.

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto. Pesquisa vinculada ao Projeto de Iniciação Científica (PIBIC); orientação: Prof. Me. Fabiana Zacarias. E-mail: jumfaria25@gmail.com

³ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto. Pesquisa vinculada ao Projeto de Iniciação Científica; orientação: Prof. Me. Fabiana Zacarias. E-mail: majufaria25@gmail.com

resulting from judicialization, judicial activism emerges. In this context, the violation of the principle of separation of powers (art. 2 and in art. 60, § 4, item III, CF/88) and the legitimacy of the Judiciary in making political decisions are questioned. This scientific production aims to analyze the legitimacy of the STF's activist action, in view of the democratic constitutional principles of separation of powers, legality and criminal precedence.

Keywords: Judicial activism. Legislative power. Separation of powers.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos tornou-se corriqueiro na mídia a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em razão de suas decisões abordarem temas de relevante valor social, sobretudo valendo-se da inércia dos poderes legislativo e executivo a fim de suprir os anseios da sociedade brasileira, em especial dos direitos fundamentais das minorias.

Valendo-se da Constituição e da necessidade de garantir a efetivação dos direitos fundamentais e democráticos a suprema corte brasileira vem adotando conduta ativista a fim de suprir a ineficiência dos outros órgãos, contudo a grande crítica em relação a essa conduta dos ministros do STF é que os mesmos não possuem legitimidade democrática para tanto e estão expressamente violando a teoria montesquiana da separação dos poderes.

Com o objetivo de demonstrar que a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal não só fere a própria Constituição, mas também coloca em risco a segurança jurídica de nosso ordenamento, este trabalho apresentará a evolução da teoria da separação dos poderes, a princípio delineada por Aristóteles. Sequencialmente, será feita uma breve retrospectiva do ativismo judicial nos Estados Unidos, para apresentar como tal tema ocorre no Brasil. Necessário, para tanto, fazer uma discussão entre ativismo judicial e democracia, com uma análise mais profunda da conduta ativista do STF em prol dos direitos fundamentais.

Uma das pautas que mais suscitam controvérsias na própria corte foi o julgamento da ADO. 26 e do MI. 4.733 que tratam do reconhecimento da omissão inconstitucional do Brasil em criminalizar a homotransfobia. O relator da ADO. 26, Celso de Mello, julgou procedente em parte a Ação Direta de Inconstitucional por omissão para: reconhecer o estado de omissão inconstitucional do Congresso Nacional no cumprimento da incriminação determinada pelo art. 5.º, inc. XLI e XLII. Na ocasião do julgamento, cientificou o Congresso Nacional para que supra a omissão e, ainda, por último, conferir

interpretação conforme para enquadrar a homofobia e transfobia nos diversos tipos penais da Lei 7.716/89 até que sobrevenha a edição de lei específica sobre o tema, bem como dar efeitos prospectivos à criminalização no sentido de se aplicar a partir do julgamento do tema.

Nesta perspectiva, a tipificação de conduta por meio da atuação do tribunal abre espaço para a reflexão em torno da positivação do Direito Penal. É certo que a discussão não é simples, vez que nestas ações a comunidade LGBT traz fundamentos relevantes para sustentar a proteção insuficiente diante do atual quadro de violência e discriminação, que inviabiliza o exercício de direitos fundamentais.

Assim sendo, é oportuno refletir sobre o uso do poder conferido ao Supremo Tribunal Federal, no Estado Democrático de Direito: a legitimidade da atuação ativista da corte, em face dos princípios constitucionais da separação dos poderes, legalidade e anterioridade penal. Sem a intenção de esgotar o assunto, a pesquisa utilizará o método dedutivo, em alguns momentos explicativo, de modo a se ter uma percepção real e crítica sobre a temática proposta, com revisão da literatura pertinente.

1 INDEPENDÊNCIA E HARMONIA DOS PODERES CONSTITUCIONAIS

Foi Montesquieu, que em 1748 em sua obra intitulada “O Espírito das Leis” que elaborou a teoria adotada na modernidade, qual seja, o sistema moderno da separação dos poderes, composto por legislativo, executivo e judiciário. A finalidade da teoria é, pois, evitar a concentração do poder nas mãos de uma só pessoa ou de algumas pessoas.

Nota-se, portanto, a importância da contribuição da teoria formulada para as Constituições dos Estados modernos, atualmente, pilar fundamental de qualquer sistema constitucional. No Brasil, além de prevista no art. 2.º da Constituição Federal, a separação dos poderes é cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, inc. III, CF/88).

Registre-se que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder, nem sua independência são absolutas. “Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro.”⁴

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

No constitucionalismo contemporâneo, poder judiciário justifica a ultrapassagem de sua esfera de competência em prol da efetivação dos direitos fundamentais, relativizando assim a teoria da separação dos poderes. A inércia do Poder Legislativo, bem como do Executivo, como representante da vontade popular transformou o Poder Judiciário no personagem principal dos anseios populares. Nessa perspectiva:

[...] o Poder Judiciário – por meio da atuação de seus juízes, desembargadores e ministros – vem se tornando, em boa medida, o garante da efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, os juízes têm decidido sobre inúmeras questões, tais como o fornecimento de remédios à pessoa portadora [de] enfermidades, o direito de acesso de criança à sala de aula; o direito de o deficiente ter acesso a prédios públicos. O guardião das promessas passa a desempenhar, assim, outra função, qual seja, a de concretizar direitos fundamentais.⁵

Diante inércia dos poderes políticos, o Poder Judiciário passa, no Estado Democrático de Direito, a assumir uma postura ativista. De acordo com o Ministro Barroso⁶, enquanto não vier a reforma política necessária, a corte terá que desempenhar dois papéis: o contramajoritário, que importa em estabelecer limites às maiorias; e o representativo, que consiste em dar uma resposta às demandas não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais, de modo a incluir as minorias.

Importante a análise de Fernanda Tassinari⁷ sobre o tema. A autora destaca em sua dissertação que existe um distanciamento da sociedade dos demais poderes (Executivo e Legislativo), que acabou criando um afastamento entre democracia – compreendida como participação política dos cidadãos na tomada de decisões – e a construção do direito. É neste contexto que se nasce uma concepção de democracia que inclua a premissa contramajoritária, representada pela atuação da corte e dos tribunais na proteção dos direitos constitucionalmente assegurados.

⁵ FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**. Publicação trimestral. Ano I. n.º 1 – Curitiba, 2009. Disponível em: http://www.animaopet.com.br/primeira.../artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf. Acesso em: 22 jul. 2011. p. 11.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 42. No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. p. 2177.

⁷ TASSINARI, Larissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte americana. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pós-Graduação, Universidade Vale do Rio Sinos, São Leopoldo, 2012. p. 41-42.

Tal realidade gera uma série de críticas. A primeira, é endereçada ao papel é atribuído ao Supremo Tribunal Federal. Ao Supremo não cabe criminalizar condutas, sendo tal papel atribuído ao Congresso Nacional, uma vez que a Constituição exigiria uma lei em sentido material e formal para a tipificação de condutas, conforme os princípios da legalidade ou da reserva legal.

Os que defendem a postura ativista do Supremo Tribunal Federal destacam que o papel do Poder Judiciário, e com ainda maior razão do Supremo Tribunal Federal, é o cumprimento da Constituição, do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a consolidação do Estado Democrático de Direito, de modo a incluir as minorias políticas, numa postura contramajoritária.

A segunda crítica, refere-se à política criminal. Conforme bem explica Oliveira, Silva e Bahia⁸, a aposta na criminalização primária da LGBTfobia não conduziria a uma diminuição no número de violência perpetrada. A utilização do direito penal como instrumento de redução ou ressocialização dos indivíduos apenas possibilita um processo de controle social em que há a perpetuação da desigualdade social.

O direito penal deveria ser a *ultima ratio* e, no caso da LGBTfobia, estar-se-ia utilizando como a primeira forma de prevenção geral e especial das condutas lesivas aos direitos desta população. Embora se saiba que o direito penal seja a *última ratio* e, pois, pode não eliminar a violência sistematicamente perpetrada contra a população LGBTI no país, muitas vezes ele é o único mecanismo de transmissão da dor de alguns indivíduos para organismos oficiais.

Daí que os argumentos de política criminal não podem se sobrepor à realidade social de violência sistemática. A existência da lei traz empoderamento às minorias, pois o Estado lhes reconhece como cidadãos com direito à proteção.

1.2 O protagonismo do poder judiciário e o ativismo judicial

Neste contexto fático e político, de omissão dos poderes políticos e falta de representativa do Poder Legislativo, destaca-se a pró atividade do poder judiciário na interpretação constitucional, em especial do Supremo Tribunal Federal. Um exemplo

⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Sobre a criminalização da homofobia e transfobia. **Empório do Direito**, São Paulo, p. 1-1, 2019. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/sobre-a-criminalizacao-da-homofobia-e-transfobia-uma-critica-da-critica>. Acesso em: 11 abr. 2020.

seria, em 2012, o julgamento que julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, onde garantiu às mulheres gestantes a possibilidade de interrupção da gravidez em casos de feto anencéfalo.

Mais recentemente, suprimindo a função legislativa, o Supremo Tribunal Federal julgou o polêmico caso sobre a criminalização da homofobia e transfobia, ou seja, a possibilidade de responsabilizar penalmente a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, tendo em vista que a proteção dos direitos e liberdades fundamentais e proteção deste grupo de vulneráveis (homossexuais e toda a comunidade LGBT). O combate eficaz que deve ser travado contra toda e qualquer forma de discriminação atentatória aos direitos humanos e fundamentais.

Com a consagração do Estado Democrático de Direito, o poder judiciário tem assumido uma conduta ativa e supletiva intencionada a suprir as lacunas deixadas pelos poderes legislativo e executivo, em prol da efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Esta ascensão do poder judiciário na tomada de decisões políticas decorrente da judicialização, exsurge o ativismo judicial.

Há alguns casos recentes em que o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal se apresenta extremamente claro e evidente na esfera penal, como por exemplo nas recentes discussões sobre a descriminalização do aborto ou a criminalização da homofobia.⁹

Ademais, é certo que não pode o poder judiciário substituir o legislador democrático, mas também não pode negar a prestação jurisdicional, pois o texto constitucional garante o acesso à justiça.

No entanto, a inércia dos poderes políticos inviabiliza o exercício de direitos fundamentais. Assim, é preciso analisar, na esfera penal, se a postura ativista do Supremo Tribunal Federal, até a edição específica de norma pelo Poder Legislativo, viola o princípio da legalidade e anterioridade da lei penal.

2 CASOS RECENTES DE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Dentre as decisões ativistas do Supremo, deve-se analisar, em especial, a decisão recente sobre a criminalização da Homotransfobia. Como já mencionado, a análise da

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n.º 931. Brasília, DF de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo931.htm>. Acesso em: 11 abr. 2019.

decisão visa concluir a legitimidade da corte em questões de natureza penal, em face dos princípios constitucionais da reserva legal e da anterioridade.

O Partido Popular Socialista em 2013 ingressou com uma Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO n.º 26). Uma ação com a mesma causa de pedir foi impetrada pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e transgêneros por meio do Mandado de Injunção n.º 4733, ou MI 4733, no ano de 2012.

Pedia-se o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, condenando-se a União Federal e os congressistas responsáveis pelo retardamento abusivo na efetivação da prestação legislativa a indenizarem as pessoas do grupo LGBT prejudicadas pelo comportamento omissivo ora imputado ao Estado. O relator ministro Celso de Mello afirmou ser inviável a concessão de tutela de índole ressarcitória, requerida com o objetivo de reparar danos morais e/ou patrimoniais eventualmente sofridos por terceiros, seja postulada em caráter individual, ou coletivo.

Ambos foram julgados no plenário em 13 de junho de 2019 e, por unanimidade, o STF, julgou parcialmente procedente a ação com eficácia geral e efeito vinculante, para que os crimes praticados contra a comunidade LGBTI+ sejam ajustados aos preceitos definidos na Lei n.º 7.716/89. Neste caso, em especial, questiona-se a violação do princípio da legalidade e anterioridade da lei penal, bem como a insegurança jurídica advinda da inobservância destes princípios ao aplicar uma interpretação analógica às prescrições penais. Para isso, necessária a análise dos votos dos ministros, bem como apresentar entendimentos diversos sobre o tema, para uma conclusão final.

Dito isto, observa-se que desde a promulgação da CF/88 o congresso nacional tem efetivado diversas normas protetivas a direitos e garantias fundamentais de diversos grupos considerados vulneráveis, como por exemplo os idosos, crianças e adolescentes, mulheres (vítimas da violência doméstica), pessoas com deficiência e os consumidores, bem como efetivamente previu como crime, práticas resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei n.º 7.716/89), em conformidade com o mandato de incriminação previsto no inc. XLII, do art. 5.º da CF.¹⁰

Contudo, observa-se que condutas igualmente reprováveis recebem tratamento jurídico distinto, ou seja, o Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/03) disciplina no título VI, capítulo II, as condutas e penas que irão recair sobre aquele que violar direitos inerentes

¹⁰ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão 26 Distrito Federal n.º ADO 26. Ministro: Alexandre de Moraes. Brasília, DF de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ado-26-voto-alexandre-moraes.pdf> Acesso em: 10 abr. 2020. p. 26-28.

as pessoas idosas e, a criminalização de condutas que ofendam a comunidade LGBT encontra-se, até os dias atuais, sem lei específica, evidenciando o tratamento desigual que duas condutas a pessoas igualmente vulneráveis recebem do poder legislativo.

Ademais, muito bem ressaltado pelos ministros a violência e o constante estado de inferiorização que as pessoas da comunidade LGBT sofrem constantemente. O relator, Ministro Celso de Mello afirmou em seu voto:

O fato irrecusável, no tema ora em exame, é um só: os atos de preconceito ou de discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero não podem ser tolerados. Ao contrário, devem ser reprimidos e neutralizados, pois se revela essencial que o Brasil dê um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, como a comunidade LGBT, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva.¹¹

O Estado tem, por conseguinte, o dever de atuar na defesa da dignidade humana, bem como “dos valores da igualdade e da tolerância, especialmente quando as condutas desviantes instaurarem tratamentos discriminatórios fundados em inadmissíveis visões excludentes.”¹²

Por fim, conclui o tema em exame é um só: a neutralização dos atos de preconceito ou discriminação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero, pois se revela essencial que o Brasil dê um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva.

A Constituição cria, pois, mecanismos processuais adequados à superação do estado de omissão inconstitucional; ao mesmo tempo, estabelece um campo delimitado de atuação normativa do Supremo Tribunal Federal. Neste contexto, antecedendo a conclusão final sobre o tema, passar-se-á a análise detalhada dos votos dos ministros ante a necessária proteção dos direitos fundamentais da comunidade LGBT na ordem constitucional democrática consagrada.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Brasília, DF de 2019. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26CMVotoscomunicac807a771odoSenadoFederal.pdf>> Acesso em 24 de agosto de 2021.

¹² *Idem*.

3 ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DECISÃO FINAL

O ministro Celso de Mello foi o relator da presente ação e conheceu, em parte, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante. Reconheceu 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. 5.º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT.

Declarou, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União. E sua decisão ainda teve o efeito de 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.

Interpretou conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5.º 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 n.º 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional. Por fim, declarou que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data de conclusão do julgamento. Conforme explica o ministro Celso de Mello:

Nesse sentido, considerando o conceito ontológico- -constitucional de racismo explicitado pelo STF no julgamento do HC 82.424/RS, no sentido de ser o racismo toda e qualquer ideologia que pregue a inferioridade de um grupo relativamente a outro e a consequente superioridade deste sobre aquele, e considerando que a homofobia e a transfobia se enquadram nesse conceito por inegavelmente defenderem a inferioridade de pessoas LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras, tem-se que as condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadram no conceito constitucional de racismo e devem, como tal, ser criminalizadas pelo legislador, por se enquadrarem na ordem constitucional de criminalizar relativa ao racismo.¹³

De acordo com seu entendimento, inexistente possibilidade jurídico-constitucional de o Supremo Tribunal Federal, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Brasília, DF de 2019. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26CMVotoscomunicac807a771odoSenadofederal.pdf>> Acesso em 24 de agosto de 2021.

cominar sanções de direito penal. Não se revela viável, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, colmatar, mediante decisão desta Corte Suprema, a omissão procedendo-se à tipificação penal de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. O entendimento do ministro é no sentido de que viola o princípio segundo o qual “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, em evidente 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.

Ademais, 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.

Assim sendo, o Poder Judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal, não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), 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.

No entanto, mesmo diante de tais considerações o Ministro admitiu o enquadramento da 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, por considerar as práticas homotransfóbicas espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento 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.

Ministro Gilmar Mendes e a Ministra Carmem Lúcia acompanharam o voto do relator Celso de Mello. O ministro Edson Fachin em seu voto julgou procedente o mandado de injunção, para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e

ainda aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei n.º 7.716/89 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.

Ministro Alexandre de Moraes votou no sentido em que para conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1.º, III, 3.º, I e IV; 5.º, XLI, XLII e § 1.º da Constituição Federal, à Lei n.º 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional.

O ministro Ricardo Lewandowski votou no sentido de que dar parcial conhecimento para a ação, de maneira a reconhecer a mora legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias.

O ministro Marco Aurélio não admitiu o mandado de injunção; por outro lado, admitiu em parte a ADO, mas não reconheceu a omissão legislativa quanto à criminalização específica da homofobia e da transfobia. Para o ministro, a Lei do Racismo não pode ser ampliada em razão da taxatividade dos delitos expressamente nela previstos. Considerou que a sinalização do STF para a necessária proteção das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis, por si só, contribui para uma cultura livre de todo e qualquer preconceito e discriminação, preservados os limites da separação dos Poderes e da reserva legal em termos penais.

O ministro Gilmar Mendes¹⁴ afirmou que a orientação sexual e a identidade de gênero devem ser consideradas como manifestações do exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação.

Quanto a questão da mora legislativa, o citado ministro reconheceu a omissão legislativa, tendo em vista que a Constituição Federal foi promulgada há mais de 30 anos. Aduz que a não tipificação dos crimes de homofobia e transfobia, além de expor grupos minoritários a graves situações de violência social suscita um desvio dos comandos

¹⁴ PLENO, STF. Suspenso julgamento sobre omissão legislativa em criminalizar homofobia (2/2). Brasília: Tv Justiça, 2019. P&B. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE>. Acesso em: 10 jul. 2020.

PLENO, STF. Criminalização da homofobia. Brasília: TV Justiça, 2019. Son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo>. Acesso em: 10 jul. 2020.

PLENO, STF. Criminalização da homofobia. Brasília: TV Justiça, 2019. Son., color. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_1_0GY&t=7789s. Acesso em: 10 jul. 2020.

PLENO, STF. Criminalização da homofobia - COM AUDIODESCRIÇÃO. Brasília: TV Justiça, 2019. Son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=omDvfSpq5to>. Acesso em: 10 jul. 2020.

constitucionais que firmam a reprovabilidade de condutas discriminatórias, daí uma justa causa de intervenção do Poder Judiciário.

Ressaltou que a mera tramitação de proposições legislativas não modifica o estado de mora do Poder Legislativo. Sobre a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para criminalizar condutas homofóbicas e transfóbicas como transgressões de natureza penal, afirmou que “é compatível com o ordenamento constitucional brasileiro a adoção de sentenças de perfil concretizador e aditivo, seja com fundamento na jurisprudência desta Corte, seja com arrimo na própria Lei do Mandado de Injunção”.

Desse modo, o Ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto no sentido de reconhecer a aplicabilidade da Lei nº 7.716/89 às condutas discriminatórias relacionadas a homofobia e transfobia enquanto não sobrevier legislação específica sobre a matéria.

A ministra Carmem Lúcia¹⁵ reconheceu a mora inconstitucional pela ausência de edição de lei específica dos atos atentatórios e discriminatórios contra a comunidade LGBT. Dizendo que a disposição dos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, os quais dispõe que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e a prática do racismo constituem crime inafiançável, imprescritível e sujeito a pena de reclusão. A Constituição impõe ao legislador instrumentos de ordem criminalizadora e punitiva pelo Estado.

Assim para resguardar o quadro de princípios fundamentais, deve ser enquadrada na espécie na tipificação do crime de racismo que conta com norma expressa no sistema normativa brasileira, a lei 7.716/89 e que pode e será aproveitada como fundamento das decisões em casos nos quais a homofobia seja o questionamento do objeto jurisdicional, por e ter como prática o racismo social.

Portanto a ministra votou no sentido de acompanhar os votos dos ministros relatores Celso de Melo e Edson Fachin, reconhecendo a mora legislativa inconstitucional para se incriminar os atos atentatórios a direitos fundamentais relativamente aos integrantes do grupo LGBT e até que sobrevenha o cumprimento do mandato constitucional de incriminação estabelecido nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição e enquadrar a homofobia e a transfobia como tipo penal definido na lei 7.716/89.

O ministro Edson Fachin¹⁶ em seu voto sustentou que a jurisprudência do Superior Tribunal Federal é no sentido de que o fato de tramitar no Congresso Nacional projetos

¹⁵ PLENO, STF. *Op. Cit.*

¹⁶ PLENO, STF. *Op. Cit.*

de lei sobre a matéria não serve para afastar o reconhecimento da omissão inconstitucional.

Reconheceu haver um mandado de criminalização contido no Art. 5º, XLI, da CRFB contra a descriminalização homofóbica e transfóbica, inicialmente reconhecendo que “Inicialmente, cumpre reconhecer ser atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero”, sendo este tipo de discriminação atentatória ao direito à igual dignidade, se mostrando incompatível com o Estado Democrático de Direito, reclamando punição da lei.

Ademais, fundamentou que a leitura do contido no Art. 5º, XLI, da CRFB deve ser feita de modo consoante com o que estabelece a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial em seu art. 4º. Expôs a diferença de tratamento e proteção do congresso levando-se em consideração as pessoas idosas ou negras e as pessoas integrantes da comunidade LGBT:

Por meio da Lei 10.741, de 2003, deu-se nova redação ao § 3º no art. 140 do Código Penal para tipificar a injúria consistente na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Em que pesem as inovações legislativas, não foram tipificadas discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais ligados ao sexo e à orientação sexual. Tal omissão é ainda mais normativamente relevante, especialmente em vista do direito à igualdade, caso se tenha em conta que são distintos os parâmetros de proteção da população idosa ou negra, por exemplo, relativamente à LGBT.¹⁷

Caracterizando-se, assim, uma gritante ofensa ao sentido mínimo de justiça, sendo a sexualidade dimensão inerente à dignidade da pessoa humana, dizendo que “A discriminação sexual ou de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor.”, finalmente, julgou procedente o mandado de injunção, para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e ainda aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei n.º 7.716/89 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.

O ministro Alexandre de Moraes sustentou que a constatação da omissão constitucional do Poder Legislativo depende da análise de duas questões:

¹⁷ PLENO, STF. *Op. Cit.*

(a) incidência do inciso XLI do art. 5º da CF nas condutas discriminatórias praticadas em razão de orientação sexual ou identidade de gênero (homofobia e transfobia); (b) obrigatoriedade de edição de norma penal incriminadora específica para tipificar as condutas de homofobia e transfobia e, conseqüentemente, sanar o estado de mora inconstitucional.¹⁸

O Ministro reconheceu a mora legislativa, aduzindo que nos últimos 30 (trinta) anos o Congresso Nacional adotou um padrão protetivo de implementação legislativa dos direitos e garantias fundamentais de diversos grupos vulneráveis. Reconheceu, ainda, a impossibilidade de edição pela Suprema Corte de novo tipo penal.

Por fim, votou no sentido em que para conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1.º, III, 3.º, I e IV; 5.º, XLI, XLII e § 1.º da Constituição Federal, à Lei n.º 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional.

Ricardo Lewandowsk¹⁹ aduziu que os direitos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero são reconhecidos, hoje, nacional e internacionalmente, como essenciais para a dignidade e humanidade da pessoa humana, integrando o núcleo dos direitos à igualdade e à não-discriminação. Reconhecendo que o grupo LGBT por serem minoritários não é raro serem vítimas de preconceito e violência, demandam especial proteção do Estado.

Nesse sentido, a criminalização de condutas discriminatórias não é só um passo importante, mas também obrigatório, eis que a Constituição contém claro mandado de criminalização neste sentido: conforme o art. 5º, XLI, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Contudo, entendeu que no julgamento do caso em questão, a extensão de um tipo penal para abarcar situações não especificadamente tipificadas pela norma penal incriminadora atenta contra o princípio da reserva legal, sendo este uma fundamental garantia dos cidadãos, promovendo a segurança jurídica de todos. Votando, por fim, no sentido de que dar parcial conhecimento para a ação, de maneira a reconhecer a mora legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias.

¹⁸ PLENO, STF. *Op. Cit.*

¹⁹ PLENO, STF. *Op. Cit.*

O ministro Marco Aurélio²⁰ não admitiu o mandado de injunção; por outro lado, admitiu em parte a ADO, mas não reconheceu a omissão legislativa quanto à criminalização específica da homofobia e da transfobia. Para o ministro, a Lei do Racismo não pode ser ampliada em razão da taxatividade dos delitos expressamente nela previstos. Ele considerou que a sinalização do STF para a necessária proteção das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis, por si só, contribui para uma cultura livre de todo e qualquer preconceito e discriminação, preservados os limites da separação dos Poderes e da reserva legal em termos penais.

Rosa Weber²¹ conheceu em parte a ADO 26 e integralmente o Mandado de Injunção, sustentando que o direito à autodeterminação sexual decorre diretamente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Afirmou que no caso, a mora do Poder Legislativo em cumprir a determinação que lhe foi imposta pelo art. 5º, XLI da Constituição federal está devidamente demonstrada e farta a jurisprudência desta casa no sentido de que a existência de projetos de lei em tramitação não afasta a mora inconstitucional, o que somente se dá com a efetiva conclusão do projeto legislativo.

Falou sobre a inviabilidade de o princípio da legalidade em matéria penal ser superado por decisão da casa, pois o art. 5º, XXXIX da CF, na qual “Não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”. Indeferiu a ADO, portanto, sob o fundamento de que é inviável ao Supremo Tribunal Federal substituindo-se ao legislador produzir a norma penal requerida no pedido principal da ADO o que conduz ao seu indeferimento e a apreciação do pedido sucessivo.

Por fim, decidiu pelo reconhecimento da omissão do Poder Legislativo da União e o efetivo estado de mora legislativa inconstitucional na implementação do comando de incriminação escrito no art. 5º, incisos XLI e XLII da Lei Maior, relativamente as pessoas integrantes da chamada comunidade LGBT, em consequência impôs a cientificação do Congresso Nacional, para efeitos do art. 103, §2 da Constituição Federal e art. 12, “h” da Lei nº 9868/99, assentando que enquanto persistir o estado de mora inconstitucional aplica-se aos crimes praticados com motivação homofóbica ou transfóbica, mediante interpretação conforme a Constituição e à Lei nº 7716/1989, que define os crimes resultante de preconceito de raça ou de cor. Por fim, ressaltou que tal medida não traz qualquer prejuízo a liberdade de expressão ou liberdade religiosa.

²⁰ PLENO, STF. *Op. Cit.*

²¹ PLENO, STF. *Op. Cit.*

Desse modo, conheceu em parte da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, na exata extensão do voto do Ministro Celso de Melo, julgando-a procedente nos termos também nos termos do citado ministro. Quanto ao Mandado de Injunção julgou procedente nos termos do voto do Ministro Relator Edson Fachin.

O Ministro Luiz Fux²² afirmou que vivemos em um estado de coisa inconstitucional porque a homofobia praticamente se generalizou. Afastou a questão da criminalização por violação do Princípio da Reserva Legal, estendendo que no julgamento das citadas ações está ocorrendo uma interpretação da Lei do Racismo a luz da Constituição Federal, principalmente porque o Supremo Tribunal Federal no HC 82.424 acentuou que “raças são homens de carne e osso, racismo se dá quando seres humanos, qualquer que seja sua fé e ou orientação sexual”.

Nesse sentido, o Ministro Luiz Fux seu os votos dos relatores da ADO 26 e do MI 4733, respectivamente. O Ministro Luís Roberto Barroso afirmou em seu voto que:

Quando o Congresso não atua em situações em que havia um mandamento constitucional para que atuasse, aí, penso que o papel do Supremo se amplia legitimamente para fazer valer a Constituição, de modo que essa fronteira é traçada por uma primeira linha. Se o Congresso atuou, sua vontade deve prevalecer; se o Congresso não atuou e havia um mandamento constitucional e legítimo, o Supremo deve atuar para fazer valer a Constituição.²³

Mais precisamente acerca omissão legislativa, sustentou que está devidamente demonstrada, tendo afirmado que: “A vedação constitucional ao racismo é abrangente o suficiente para abarcar a proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e estigmatização de grupos, a exemplo do que acontece com a comunidade LGBT”. Adotou posicionamento no sentido de dar interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça, tratado nos diversos tipos penais da Lei nº 7.716/89 para neles enquadrar igualmente a homofobia e a transfobia até que sobrevenha, se for o caso, uma legislação autônoma tratando da matéria. Ressaltou que:

Não se trata de analogia em *malam partem* nem de criação de um tipo penal por sentença aditiva, mas estão ali em uma decisão claramente interpretativa, sendo que estamos utilizando um conceito de raça previamente resistente e fixado pelo Supremo em acórdão amplamente majoritário, portanto o âmbito de incidência da norma, a definição do crime e a fixação da pena são pré-existentes, não se tratando de inovação na ordem jurídica em matéria penal por decisão judicial.²⁴

²² PLENO, STF. *Op. Cit.*

²³ PLENO, STF. *Op. Cit.*

²⁴ PLENO, STF. *Op. Cit.*

Acolheu por fim, a caracterização do motivo fútil ou torpe se a motivação do crime for a orientação sexual ou identidade de gênero da vítima, ou seja, a homofobia constitui circunstância agravante e no caso do homicídio constitui-se como circunstância qualificadora. Encerrou seu voto, fazendo um adendo ao sentimento religioso:

O reconhecimento da omissão inconstitucional da criminalização da homofobia em nada diminui a relevância da liberdade religiosa, o entendimento aqui defendido não implica na criminalização dos discursos religiosos contrários as relações homoafetivas, tampouco significa que as religiões não possam vocalizar suas crenças ou participar do diálogo amplo e aberto que caracteriza a democracia.²⁵

O Ministro Dias Toffoli em seu voto, aduziu que acompanharia o voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o qual votou no sentido de que estender um tipo penal para abarcar situações não especificadamente tipificadas pela norma penal incriminadora atenta contra o princípio da reserva legal, sendo este uma fundamental garantia dos cidadãos, promovendo a segurança jurídica de todos. Votando, por fim, no sentido de que dar parcial conhecimento para a ação, de maneira a reconhecer a mora legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias.

3.1 Da tese utilizada

A tese firmada pelo STF baseia-se em três pontos importantes:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”).²⁶

²⁵ PLENO, STF. *Op. Cit.*

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Relator Ministro Celso de Mello. Requerente: Partido Popular Socialista. Brasília, DF de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em 24 de agosto de 2021.

Essa parte inicial da tese, deixa explícito o caráter transitório de tal decisão, ou seja, que somente será aplicada até que o Congresso Nacional crie uma lei específica sobre o assunto. Dizendo que tal conduta, a homotransfobia, se enquadra nos mandados de criminalização previstos no art. 5.º da Constituição, incisos XLI e XLII.²⁷

E caracterizam o racismo, todavia em uma dimensão social e assim se adequa aos preceitos primários da Lei do Crime Racial. Nesse primeiro item da tese, os ministros falam da hipótese de se aplicar a qualificadora do motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I.) em casos de homicídio doloso que se dê como motivo uma intolerância baseada na orientação sexual ou identidade de gênero das pessoas. Observa-se que tal entendimento já era adotado na doutrina.

Nessa forma qualificada, há especial maldade do criminoso no que tange à motivação. “Constitui motivo torpe, por exemplo, o homicídio cometido por preconceito de raça, cor, religião, etnia ou origem, ou, ainda, por ser a vítima homossexual, ou apreciadora deste, ou daquele movimento artístico ou musical, ou torcedora de time de futebol rival.”²⁸

Nesse segundo tópico a ideia apresentada é o delineamento do que seria a liberdade religiosa e quando esse direito se transformaria em um delito. Na época do julgamento do ADO 26, muito se argumentou, por parte de religiosos, de a criminalização da homotransfobia acabaria com a liberdade de expressão e a liberdade religiosa, todavia a tese é explícita ao aduzir que as manifestações que configurem discurso de ódio, ou seja, que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra alguém, embasado em sua orientação sexual ou identidade de gênero é que caracterizariam essa violação:

A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os

²⁷ Art. 5.º inc. XLI - A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Art, 5.º inc. XLII - A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

²⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal: Parte Geral** (Arts. 1 a 120). 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 68. Segundo André Estefam: “Cuida-se do móvel abjeto, de razão soez, baixa, ignóbil, repugnante, tais como ‘O prazer do mal, o desenfreamento da lascívia, a vaidade criminal, o despeito da imoralidade contraída’. Podem ser citados os seguintes casos concretos: a) homicídio cometido em razão da homossexualidade da vítima.” ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Especial** (arts. 121 a 234-B). 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. p. 134.

atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.²⁹

Por fim, a justificativa apresentada nesse item é a de que o racismo não se caracteriza somente em relação ao biológico ou fenótipo, mas detém uma dimensão social – em que estariam inclusas a orientação sexual e a identidade de gênero e, portanto, plenamente aplicada em casos de crimes praticados contra a comunidade LGBTI+:

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.³⁰

Feita a análise dos principais pontos da decisão, é preciso enfrentar se a decisão fere os princípios da legalidade e anterioridade, bem como se a atuação do Supremo Tribunal Federal é legítima na ordem constitucional do Estado Democrático de Direito.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SOB A ÓTICA DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da legalidade em redigido no inciso XXXIX do art. 5.º da Constituição Federal, o qual aduz: Não há crime sem lei anterior que o defina, sem pena sem prévia cominação legal; e no art. 1º do Código Penal, qual seja: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Sendo o Princípio da Legalidade um dos princípios basilares e mais importantes do direito penal. E interpretando-se o que se extrai dos dispositivos de lei, têm-se que não

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Relator Ministro Celso de Mello. Requerente: Partido Popular Socialista. Brasília, DF de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf> Acesso em 24 de agosto de 2021.

³⁰ PLENO, STF. *Op. Cit.*

há se falar em existência de um crime sem que seja promulgada uma lei tipificando determinada conduta. Conforme exemplifica o doutrinador Rogério Greco: “A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal. Por essa razão, Von Listz diz que o ‘Código Penal é a Carta Magna do delinquente’ ”³¹

O citado princípio costuma ser desdobrado em dois outros princípios, o da Reserva Legal e da Anterioridade. Pelo princípio da Reserva Legal:

Apenas a lei em sentido formal pode descrever e estabelecer pena para condutas criminosas. A tipificação de infrações penais pressupõe, portanto, aprovação de projeto de lei pelo Congresso Nacional, de acordo com as formalidades constitucionais seguida de sanção presidencial. Um ilícito penal jamais pode ser criado por meio de decreto, resolução, medida provisória etc.³²

O princípio da Anterioridade da lei penal prevê que uma pessoa só pode sofrer sanção, se a época do fato por ela praticado já existisse em vigor uma lei que tipificasse tal conduta. Em continuidade, é necessário ressaltar a impossibilidade de aplicação da chamada *analogia in malam partem*, que é quando se usa, por analogia, uma lei prejudicial ao acusado, em casos onde houve omissão legislativa. Sendo, portanto, vedado o uso da analogia como forma integrativa de lacuna legislativa para incriminar condutas não abrangidas pelo texto legal, bem como para reconhecer qualificadoras ou quaisquer outras agravantes.³³

Ante o exposto, observa-se que entendimentos distintos existem sobre o tema. No caso da criminalização da homofobia e transfobia, tem-se que, dentro da integridade do direito, tais condutas foram consideradas criminosas pela Constituição de 1988 e, ainda, a consideração do racismo como um processo social e não biológico, de acordo com o entendimento no precedente do HC. 82.424.³⁴

Assim, para os que defendem a postura ativista do Supremo, o controle da omissão inconstitucional por meio da criação judicial de normas jurídicas pode ser

³¹ GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 1.

³² GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal: Parte Geral** (Arts. 1 a 120). 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 60.

³³ Nesse sentido: GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal: Parte Geral** (Arts. 1 a 120). 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 61.

³⁴ “A construção da definição jurídico-constitucional do termo “racismo” requer a conjugação de fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação. O crime de racismo constitui um atentado contra os princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência.” Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 82.424. Brasília, n.º 82.424 - Diário da Justiça - 19/03/2004. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms. Acesso em: 20 mar. 2020.

justificado pelo princípio democrático: a produção de normas jurídicas pelo Supremo Tribunal Federal, quando voltada à superação da omissão inconstitucional que inviabiliza o exercício de direitos materialmente fundamentais, serve à garantia das condições procedimentais da democracia. Na opinião de Oliveira, Silva e Bahia:

[...] o Direito é mais do que o texto contido na lei, então a questão se torna muito mais complexa. O que o STF fez, pois, não foi nem analogia e nem “interpretação extensiva”, mas, sim, aplicação da Constituição e de normas de direito internacional, sendo e dando seguimento à integridade do “romance em cadeia” no qual o HC. 82424 se constitui em um capítulo especial. O princípio da legalidade (art. 5º, II) não se sobrepõe aos demais princípios que tornam relativa a prerrogativa de “reserva legal” – como se a proteção legal puder ficar à livre disposição do legislador – e, pois, ordenam o reconhecimento da omissão e uma ação efetiva contra a mesma.³⁵

Em entendimento contrário, há autores que visualizam a criminalização da homofobia com um risco para o Estado Democrático de Direito. Em que pese o valor simbólico da decisão e, considerando a luta pela criminalização legítima, é preciso discutir acerca dos limites institucionais na relação de Poderes da República:

A partir de um olhar constitucional, que esse desiderato não pode ser alcançado pela via do Poder Judiciário. Nossa divergência, nesse sentido, quer abrir as portas para um profícuo diálogo no sentido de buscar as melhores e mais eficazes formas de combater discursos de ódio e atos discriminatórios praticados contra os mais variados movimentos sociais — em especial o LGTBT — e mantendo, assim, incólume a Constituição, porque de nada adiante, sob pretexto de uma proteção, desproteger outros direitos.³⁶

Essa discussão que se colocou perante o Supremo Tribunal Federal é complexa, sendo certo que que, nessas ações, a comunidade LGBT traz fundamentos relevantes para sustentar a proteção insuficiente que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico diante do atual quadro de violência e discriminação, que inviabiliza o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero. No entanto, deve-se considerar o quadro normativo existente para aplicar o direito em situações excepcionais que justificam a atuação do Supremo Tribunal Federal:

Na medida em que a CF não estabelece a obrigação de criminalizar a homofobia, o deferimento do Mandado de Injunção faria com que o Judiciário legislasse, substituindo os juízos políticos, morais e éticos, próprios do

³⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. *Op. Cit.*

³⁶ CLÈVE, Clèverson Merlin *et al.* Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. **Conjur**, Brasil, p. 1-1, 21 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 10 abr. 2020.

legislador, pelos seus. Como já referido, a CF estabelece a obrigação de criminalizar o racismo, mas a extensão do conceito de racismo para a homofobia ou transfobia é um claro exercício do que se poderia designar de *panhermeneutismo*, sem considerar aqui a ocorrência da absolutamente vedada analogia *in malam partem*. Não há abrigo constitucional para tal. Portanto, não há qualquer comando constitucional que exija tipificação específica para a homofobia e transfobia. Se a opção for pela criminalização e pela punição tal decisão cabe aqui com exclusividade ao legislador infraconstitucional, o que não pode ser superado mesmo por uma exegese extensiva de legislação em vigor.³⁷

Assim sendo, no Estado Democrático de Direito, a defesa do direito constitucional deve se dar por meio de um diálogo democrático. Toda luta contra a discriminação atentatória a fundamentais, no que se inclui a luta contra a homofobia, deve ser realizada sem violar princípios do constitucionalismo. Como sustenta o Ministro Alexandre de Moraes em seu voto, o Supremo Tribunal Federal não pode inovar o mundo jurídico com a criação de um novo tipo penal, ante a ausência desta possibilidade na nossa Carta Magna e pelo desequilíbrio e desarmonia entre os poderes que isto geraria.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo a investigação das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal na esfera penal e a discussão sobre o ativismo judicial. Explicamos seus fundamentos e demonstramos suas consequências jurídicas, em especial, quanto a efetivação de direitos fundamentais e, ainda, a questão da segurança jurídica em matéria penal em face do princípio da legalidade e anterioridade da lei penal.

A omissão do legislador democrático em adotar as medidas necessárias à elaboração de normas destinadas à punição dos atos resultantes de preconceito contra os homossexuais, os transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBT configurara descumprimento do comando impositivo de legislar emergente da Constituição, pois o Congresso Nacional.

Assim, tão importante quanto a garantia de direitos e liberdades individuais de qualquer pessoa, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero, é a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe fazer prevalecer a supremacia da Constituição.

No caso específico da criminalização da homofobia o Direito Penal deve ser considerado, tendo em vista que a lei penal incriminadora traz empoderamento à minoria

³⁷ CLÈVE, Clèverson Merlin *et al.* *Op. Cit.*

em razão do reconhecimento do Estado como cidadãos com direito à proteção e exercício de direitos fundamentais. Embora o Direito Penal não se apresente como forma de eliminação de condutas de discriminação em relação à comunidade LGBT e, ainda que deva ser a última *ratio* no Estado Democrático de Direito, a falta de discurso social e oficial do Estado, num ambiente democrático, leva à conclusão de política criminal não podem se sobrepor à realidade social de violência sistemática contra a população LGBT.

Ocorre que a discussão que surge em torno do tema decorre do princípio constitucional da separação dos poderes e, especialmente, no âmbito penal, a ofensa à legalidade e anterioridade da lei penal. A normatização, pelo princípio da separação dos poderes, cumpre ao Legislador democrático. Embora a proteção das minorias e grupos socialmente vulneráveis seja necessária e legítima diante dos quadros de violência e discriminação, que inviabiliza o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual, devem ser preservados os limites da separação dos Poderes e da reserva legal em termos penais.

Por isso, conforme pode-se observar, as decisões foram no sentido de dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5.º 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. Destaque-se, aqui, que essa parte inicial da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, deixa explícito o caráter transitório de tal decisão, ou seja, que somente será aplicada até que o Congresso Nacional crie uma lei específica sobre o assunto. Considerou, portanto, as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social já consagrada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em que pese a importância simbólica da decisão, tal desiderato não deve, pela engenharia constitucional da ordem democrática do Estado de Direito, ser alcançado por meio do Poder Judiciário. Tanto é verdade, que a tese jurídica fixada deixa expresso o caráter transitório da decisão. Assim sendo, conclui-se pela necessidade de se desenvolver um diálogo democrático no sentido de buscar melhores e eficazes formas de combater discursos de ódio e atos discriminatórios praticados contra os mais variados movimentos sociais - em especial o LGBTI+.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

CLÈVE, Clêverson Merlin *et al.* Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. **Conjur**, Brasil, p. 1-1, 21 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 10 abr. 2020.

DISTRITO FEDERAL. IMPRENSA STF. **Notícias STF: STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 11 abr. 2020.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 234-B)**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**. Publicação trimestral. Ano I. n.º 1 – Curitiba, 2009. Disponível em: http://www.animaopet.com.br/primeira.../artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf. Acesso em: 22 jul. 2011.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1 a 120)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n.º 931. Brasília, DF de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo931.htm>. Acesso em: 11 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo n.º 944. Brasília, DF de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=racismo+e+crime&pagina=1&base=INFO>. Acesso em: 11 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tese n.º ADO 26. Brasília, DF de 2019. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão 26 Distrito Federal nº ADO 26. Ministro: Alexandre de Moraes. Brasília, DF de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ado-26-voto-alexandre-moraes.pdf> Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão 26 Distrito Federal nº Mandado de Injunção 4733. Ministro: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin1.pdf> Brasília, DF de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello2.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão 26 Distrito Federal nº ADO 26. Ministro Celso de Melo. Brasília, DF de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello2.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Sobre a criminalização da homofobia e transfobia. **Empório do Direito**, São Paulo, p. 1-1, 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/sobre-a-criminalizacao-da-homofobia-e-transfobia-uma-critica-da-critica>. Acesso em: 11 abr. 2020.

PLENO STF. Suspensão julgamento sobre omissão legislativa em criminalizar homofobia (2/2). Brasília: Tv Justiça, 2019. P&B. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE>. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. Criminalização da homofobia. Brasília: TV Justiça, 2019. Son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UFUa1EJeDMo>. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. Criminalização da homofobia. Brasília: TV Justiça, 2019. Son., color. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_1_0GY&t=7789s. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. Criminalização da homofobia - COM AUDIODESCRIÇÃO. Brasília: TV Justiça, 2019. Son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=omDvfSpq5to>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TASSINARI, Larissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte americana. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pós-Graduação, Universidade Vale do Rio Sinos, São Leopoldo, 2012.