

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR/MG
CURSO DE DIREITO
GABRIELLE LAHIRI MARIA DE CAMPOS

**TRANSFOBIA E HOMOFOBIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE
JURÍDICA E LEGAL DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR
OMISSÃO 26 E MANDADO DE INJUNÇÃO 4733**

FORMIGA/MG

2022

GABRIELLE LAHIRI MARIA DE CAMPOS

TRANSFOBIA E HOMOFOBIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE
JURÍDICA E LEGAL DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR
OMISSÃO 26 E MANDADO DE INJUNÇÃO 4733

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado no curso de Direito do Centro
Universitário de Formiga – UNIFOR/MG,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.
Orientador: Dr. Altair Resende de Alvarenga

FORMIGA/MG

2022

GABRIELLE LAHIRI MARIA DE CAMPOS

TRANSFOBIA E HOMOFOBIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE
JURÍDICA E LEGAL DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR
OMISSÃO 26 E MANDADO DE INJUNÇÃO 4733

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
Universitário de Formiga – UNIFOR/MG,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Altair Resende de Alvarenga
Orientador

Professora Ms. Adriana Costa Prado de Oliveira
UNIFOR-MG

Professor Ms. Eniopaulo Batista Pieroni
UNIFOR-MG

Formiga/MG, ____ de _____ de 2022.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, a princípio a Deus, Nossa Senhora e a todos os anjos que, com seu poder celestial, me guiaram e abençoaram meu caminho ao longo desses cinco anos de curso.

Agradeço à minha mãe, Beatriz de Sousa Campos, por todo o amor, cuidado, zelo, preocupação e suporte emocional, por ter sido a pessoa que mais me acompanhou e viveu este propósito comigo, sendo minha maior referência de força.

Agradeço ao meu pai, Roger Michel de Campos, por ter me proporcionado a oportunidade de sonhar e concretizar a graduação em direito, além de ser o meu maior incentivador e a pessoa mais amorosa e acolhedora que conheço.

Agradeço à minha família, em especial às minhas tias avós, Aparecida Pereira, Lourdes Pereira, Eloísa Pereira e Maria José Pereira que não mediram esforços para me abrigarem como neta, presenciando cada etapa da minha trajetória, sinto-me sortuda por tanto amor, carinho e dedicação.

Agradeço ao meu namorado, Heitor Pedrosa da Silveira, por ser meu melhor amigo, meu companheiro e por sempre acreditar em mim, me encorajando a ser cada dia melhor. Sou muito grata por ter você e sua família em minha vida.

Agradeço às minhas duas chefes, Patrícia Jaqueline e Paula de Assis Jaques, por terem acompanhado minha evolução diária, tanto me ensinando sobre a vida, conhecimento jurídico e liderança. Realmente um privilégio ter aprendido e evoluído com elas.

Agradeço, por fim, com muita gratidão, ao Dr. Altair de Resende Alvarenga, meu orientador, pelo compartilhamento imensurável de ensinamentos jurídicos ao longo desses anos de caminhada e por todas as oportunidades que me foram proporcionadas.

RESUMO

A presente monografia analisará a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 e do mandado de injunção 4733, criminalizando a homotransfobia no país através da equiparação ao crime de racismo. Desse modo, o estudo a ser realizado pretende verificar se a decisão emanada pelo órgão de cúpula do poder judiciário possui o condão de violar princípios penais constitucionais como o da legalidade, reserva legal e anterioridade da lei penal, assim como o princípio da harmonia, independência e separação dos poderes e sua importância no atual estado democrático de direito. Para tanto, serão abordados aspectos do ativismo judicial, a fim de uma melhor compreensão do fenômeno cada vez mais utilizado no país, sendo realizado também um aprofundamento sobre homofobia e transfobia. Nesse sentido, verificar-se-á se o Supremo Tribunal Federal no caso em tela atuou como legislador positivo, inovando o ordenamento jurídico brasileiro e atuando fora dos limites de sua competência, interferindo na esfera de outros poderes a partir da criação de um novo tipo penal ante a inércia do poder legislativo, efetivando assim direitos inerentes à proteção dos grupos minoritários vulneráveis que carecem de proteção legal em diversos aspectos e matérias pontuais, como os altos índices de violência contra a comunidade LGBTQIA+.

Palavras-Chave: Criminalização. Homotransfobia. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This monograph will analyze the decision handed down by the Federal Supreme Court in the judgment of the direct action of unconstitutionality by omission 26 and the writ of injunction 4733, criminalizing homotransphobia in the country by equating it with the crime of racism. In this way, the study to be carried out intends to verify if the decision issued by the highest body of the judiciary has the power to violate constitutional criminal principles such as legality, legal reserve and precedence of criminal law, as well as the principle of harmony, independence and separation of powers and their importance in the current democratic rule of law. To this end, aspects of judicial activism will be addressed, in order to better understand the phenomenon increasingly used in the country, and a deepening on homophobia and transphobia will also be carried out. In this sense, it will be verified whether the Federal Supreme Court in the present case acted as a positive legislator, innovating the Brazilian legal system and acting outside the limits of its competence, interfering in the sphere of other powers from the creation of a new type criminal law in the face of the inertia of the legislature, thus realizing rights inherent to the protection of vulnerable minority groups that lack legal protection in various aspects and specific matters, such as the high rates of violence against the LGBTQIA+ community.

Keywords: Criminalization. Homotransphobia. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL	10
2.1 Breve Histórico das Penas Através do Tempo	10
2.2 Teorias Relacionadas à Finalidade das Penas	13
3 ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PENAL x PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	17
3.1 Compreendendo o Fenômeno do Ativismo Judicial	18
3.2 Princípio da Independência, Harmonia e Separação dos Poderes	20
3.3 Princípios Constitucionais do Direito Penal	26
3.3.1 Princípio da Legalidade Penal	28
3.3.2 Princípio da Reserva Legal	30
3.3.3 Princípio da Anterioridade da Lei Penal	32
3.4 Justificativas para a Utilização do Ativismo Judicial no Brasil	33
4 TRANSFOBIA E HOMOFOBIA	40
4.1 Origem, Histórico e Conceituação	40
4.2 Concepções sobre Identidade de Gênero	44
4.3 A Importância do Movimento LGBTQIA+	47
5 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	49
5.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26	49
5.2 Mandado de Injunção 4733	51
5.3 Lei nº 7.716/89 e o Crime de Racismo	53
5.4 Equiparação da Homofobia e Transfobia ao Crime de Racismo	57
5.5 (Im)possibilidade da Criminalização da Homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal	72
6 CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	79

1 INTRODUÇÃO

Tema recorrente nos noticiários brasileiros, a violência relacionada à identidade de gênero e orientação sexual aumenta consideravelmente no país. Dessa forma, os crimes e discriminações praticadas contra membros da comunidade LGBTQIA+ necessitam de maior atenção por parte do Estado e dos poderes públicos.

No entanto, não existia no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma norma que punisse a homofobia e transfobia de modo especificado, fato que deu origem à ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 e do mandado de injunção 4733, que possuíam como objetivos principais a regulamentação do tema a partir da declaração da mora inconstitucional do poder legislativo.

Ocorre que, para que seja melhor elucidado o objeto de pesquisa da presente monografia, é necessário, inicialmente, que seja realizada uma breve evolução histórica do direito penal, especialmente no que diz respeito à capacidade de prever condutas criminosas e cominar as respectivas penas.

Para tanto, será estudada a evolução das penas através do tempo, como a vingança divina, privada e pública, assim como as teorias ligadas às finalidades das penas, como a retributiva e preventiva, vez que as penas, atualmente, prestam-se à realizar muito além da simples punição do criminoso, possuindo também caráter educativo, repressivo e social.

A seu turno, é necessário que seja feita uma análise sobre o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, suas atribuições e competências constitucionais, bem como as características e consequências do fenômeno do ativismo judicial, cada vez mais utilizado no cenário nacional, em especial pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em suas decisões.

Em vista disso, é imprescindível uma efêmera abordagem dos conceitos de neoconstitucionalismo, jurisdição constitucional e judicialização da política, que justificam, em partes, o ativismo judicial, tendo em vista a inércia dos demais poderes na realização de suas funções típicas, em especial o poder legislativo, fazendo com que o poder judiciário adote uma função proativa no momento de suas decisões.

Não obstante, verificar-se-á, ao decorrer do trabalho, se o ativismo judicial não fere alguns princípios fundamentais basilares, como a harmonia, independência e separação dos poderes, bem como os princípios constitucionais penais da legalidade,

reserva legal e anterioridade da lei penal, sendo explicado, para tanto, em que consiste cada um dos princípios levantados e suas respectivas previsões legais.

Ademais, aprofundando ainda mais no tema objeto de estudo, passa-se à uma análise sobre os termos homofobia e transfobia, com levantamento da conseqüente origem histórica, evolução, conceituação, estudos sobre as concepções de identidade de gênero e a importância do movimento LGBTQIA+, tendo em vista os alarmantes índices de violência e discriminação sofridos por seus membros.

Após a realização da análise elucidada, afunila-se ao tema principal: a criminalização da homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal. Assim sendo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 e o mandado de injunção 4733 serão rigorosamente esmiuçados, sendo analisados os fundamentos da inconstitucionalidade por omissão, assim como a falta de norma regulamentadora limita a eficácia de determinadas disposições constitucionais e os objetos adequados para que seja sanada, tanto por via do controle difuso como concentrado de constitucionalidade.

Também serão analisados os dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como normas infraconstitucionais que versam a respeito do tema, do mesmo modo como será explorada a Lei nº 7.716/89, responsável por dispor sobre os crimes resultantes de preconceito ou discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, a evolução histórica do conceito de racismo e sua abrangência na sociedade moderna.

Por conseguinte, ocorrerá a análise de cada um dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal em relação ao julgamento das ações, que ocorreu em conjunto, tendo em vista a similitude dos temas, com a explanação de todos os argumentos utilizados por cada ministro para a defesa de seu ponto de vista, pela procedência ou improcedência dos pedidos realizados pelas partes, assim como os pareceres técnicos e ministerial que ocorreram no decorrer do procedimento.

Por fim, após todo o estudo previamente realizado, de posse das informações levantadas, verificar-se-á se, de fato, e com base em parâmetros jurídicos-legais, existe a possibilidade da criminalização da homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal, ou se o que ocorre, em verdade, é a usurpação das competências dos demais poderes e violação de princípios constitucionais penais a partir da inovação no mundo jurídico pelo fenômeno do ativismo judicial.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

A análise histórica do direito penal, ramo autônomo do direito destinado, em essência, à regulamentação do exercício do poder punitivo estatal, sobretudo no tocante à capacidade de prever crimes e cominar penas, é de suma importância para, posteriormente, compreender o estudo acerca do ativismo judicial no país.

Assim sendo, o direito penal é composto por diversos princípios básicos, que devem ser observados pelos operadores do direito na aplicação cotidiana, a fim de que não seja desvirtuado de sua real finalidade. Desse modo, as dimensões conferidas às penas e ao direito penal de modo geral variam de acordo com os diferentes períodos e o contexto histórico em que a sociedade encontrava-se inserida à época, evoluindo gradativamente, acompanhando o progresso da humanidade.

Nesse esboço, à medida em que a sociedade começa a se organizar, ainda que de forma mínima e primitiva, é necessário que exista um conjunto de normas voltados à regulamentar a vida em sociedade e as relações interpessoais. Em relação ao direito penal e sua evolução histórica, o doutrinador Rogério Sanches Cunha (2015, p. 14) ressalta em seus ensinamentos que:

Embora o Direito Penal tenha sua origem vinculada à própria organização do homem em sociedade, não se pode considerar a existência de normas penais sistematizadas em tempos primitivos. Nesse período, o castigo não estava relacionado à promoção de justiça, mas vingança, revide contra comportamentos de alguém, abundando penas cruéis e desumanas. Era a fase da vingança penal, dividida em: vingança divina, vingança privada e vingança pública.

Dessa maneira, a evolução do direito penal confunde-se com a própria evolução das penas e penalidades legalmente previstas e aplicadas àqueles que vão de encontro aos ditames estabelecidos no texto normativo, ou seja, realizando condutas previstas no tipo penal. Por conseguinte, passa-se à uma breve análise das penas e conseqüente evolução histórica-temporal.

2.1 Breve Histórico das Penas Através do Tempo

Inicialmente, importante destacar que a origem da pena encontra-se intimamente atrelada à história da humanidade, progredindo juntamente com os

anseios e as mudanças impostas pela sociedade. Nesse contexto, o autor Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 567) salienta que:

A origem da pena é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a História da Humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens. Quem que se proponha a aprofundar-se na História da pena corre o risco de equivocar-se a cada passo. As contradições que se apresentam são dificilmente evitadas, uma vez que o campo encontra-se cheio de espinhos. Por tudo isso, não é uma tarefa fácil. Surge uma ampla gama de situações e variedade de fatos, que se impõe a considerações, como magníficos títulos para assumir a hierarquia de fatores principais. Porém, são insuficientes. A carência de continuidade é quase total. Há muitos exemplos. Os retrocessos, a dificuldade de fixar indicadores e perseguir sua evolução, a confrontação das tendências expiatórias e moralizadoras (estas últimas nem sempre bem definidas) dificultam qualquer pretensão narrativa de ordem cronológica. Um bom exemplo dos retrocessos referidos é a própria aparição da “prisão-pena”, que ocorre em fins do século XVI, para depois ficar sepultada nos dois séculos seguintes.

Durante a antiguidade, nos primórdios das primeiras civilizações, as punições contra os transgressores eram consideradas castigos de providência divina para aqueles que não estavam cometendo o bem à seus pares. Assim sendo, não havendo o menor conhecimento jurídico, até mesmo os fenômenos naturais eram atribuídos à forças divinas, que premiavam ou puniam os seres humanos em decorrência de suas ações, havendo medo por parte das pessoas em receberem punições celestiais.

Nesse sentido, em relação à natureza mística e superstições relacionadas aos primórdios da pena, o jurista Fernando Capez (2003, p. 02) explana que:

O direito penal, inicialmente, foi concebido como uma forma de exercer a vingança divina contra infratores, cujos crimes despertavam a cólera dos deuses (totem) e colocavam em risco a existência de toda a sociedade ou grupo. Com efeito, em tempos remotos da história da humanidade, a mística e a superstição dominavam o direito penal, de modo que fenômenos naturais eram interpretados como castigos divinos aos crimes cometidos, os quais deveriam ser reprimidos para evitar tragédias enviadas pelos deuses, por meio de catástrofes. Tempestades, incêndios, furacões, terremotos, longa estiagem, dentre outras desgraças, todas explicadas pela ciência hoje, eram interpretados como exteriorizações da ira superior das divindades.

Posteriormente, as penas passaram a ser consideradas como uma espécie de vingança privada, sendo as punições destinadas a coibirem tudo que poderia apresentar empecilhos à sobrevivência do grupo ou até mesmo individual. Assim sendo, comumente a pena extrapolava a pessoa do agressor, chegando até mesmo a atingir membros de sua família, tribo ou comunidade.

Durante a fase da vingança privada, não havia ainda a noção de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação das penas, sendo a pena aplicada, na maioria das vezes, ainda mais gravosa do que a praticada de fato pelo ofensor. O autor Ney Moura Telles (2004, p. 55) destaca que o direito punitivo era "praticado pelo próprio ofendido ou pelo que dele se apiedasse, a quem ficava o direito de voltar-se contra o ofensor, sem nenhuma limitação".

Ainda no que tange à vingança privada, o professor Júlio Fabbrini Mirabette (2004, p. 35) esclarece que "cometido o crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo) que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor, como também todo o seu grupo".

Desse modo, passou a ser necessário que houvesse parâmetros para a aplicação das penalidades, em especial com o surgimento das primeiras organizações políticas, sociais e econômicas, incipientes na sociedade, bem como a partir da emergência do estado absolutista, passando a repressão punitiva a demandar um viés público, a fim de garantir a soberania estatal.

Para atender a tais demandas, a Lei de Talião é criada, encontrando-se no Código de Hamurabi, datado de 1.770 a.C., trazendo consigo a famigerada máxima "olho por olho, dente por dente", buscando conferir maior proporcionalidade às punições. Em relação a esse contexto, os doutrinadores Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2018, p. 14) mencionam que:

Talvez a primeira grande inovação em matéria penal surgida na Antiguidade tenha sido a lei do talião, encontrada no Código de Hammurabi, na Babilônia, no Código de Manu indiano, na Lei das XII Tábuas romana, na legislação mosaica, entre outros. A lei do talião, que previa o famoso "olho por olho, dente por dente", estabeleceu pela primeira vez, a ideia de proporcionalidade entre crime e pena, limitando, desta maneira, a vingança privada.

Ocorre que, a partir do século XVIII, com o desenvolvimento das correntes iluministas, bem como durante a Revolução Francesa, com pensadores como Montesquieu, Rousseau e Voltaire, ideias relacionadas à justiça penal, reforma das leis e livre pensamento começaram a serem implementadas. É o chamado período humanitário das penas.

Também ganha destaque nesse contexto histórico de evolução das penas e do direito penal a figura de Marquês de Beccaria, que, baseando-se nos ditames do Contrato Social, de Rousseau, estabelecia limitações às penas através da lei moral,

defendendo punições mais brandas, como, por exemplo, penas pecuniárias para crimes não cometidos com emprego de violência.

Assim sendo, a partir de tais ideias, bem como do movimento codificador, diversas leis são implementadas ao redor do globo, começando tal movimento ainda em meados do século XVIII, como as instruções ditadas por Catarina II na Rússia para o novo Código Penal, o Código de Toscana de Leopoldo II, o Código Penal Frânces de Bavieira e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

Desse modo, a principal ideia difundida durante o período humanitário é que educar é bem melhor do que punir. Surge então o período científico contemporâneo, a partir das ideias iluministas, passando o direito a ser considerado uma ciência, desdobrando-se em três escolas de pensamento: a clássica, a positiva e a moderna alemã, havendo também três períodos bem definidos em tal fase: antropológico, sociológico e jurídico.

Nesse diapasão, o considerado período jurídico contemporâneo é responsável pela implementação jurídica-normativa, através da positivação de dispositivos penais em diplomas legais, com vistas à conferir suporte às penalidades a serem aplicadas aos casos práticos. Assim sendo, o jurista Luiz Régis Prado (1999, p. 31) explica em sua obra, de forma clara e resumida, a evolução histórica das penas:

Primeira época. *Crimen* é atentado contra os deuses. Pena, meio de aplacar a cólera divina; Segunda época. *Crimen* é agressão violenta de uma tribo contra outra. Pena, vingança de sangue de tribo a tribo; Terceira época. *Crimen* é transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado. Pena é a reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua.

Cumprido esclarecer, todavia, que os períodos e contextos históricos estudados não apresentam uma ruptura total entre si, mas, em verdade, um aprimoramento e releitura de seus objetivos e sentidos de acordo com as necessidades clamadas pela sociedade de cada época, havendo também, conseqüentemente, uma reestruturação nas formas de punição aplicadas, de modo a adequar-se ao contexto social vivenciado.

2.2 Teorias Relacionadas à Finalidade das Penas

Conforme verificado, a pena acompanha o homem em toda a história da humanidade, estando presente nos mais diversos momentos, manifestando-se como

vingança divina, privada ou pública. Dessa forma, para o autor Paulo de Souza Queiroz (2005, p. 311), sanções podem ser entendidas como a “privação ou a restrição de um bem jurídico imposta por um órgão jurisdicional a quem tenha praticado uma infração penal”.

No mesmo sentido, em relação à conceituação da pena, o autor Aníbal Bruno (1966, p. 22) esclarece o papel do direito penal:

Pena é a sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime. Na realidade, o Direito Penal moderno está fazendo da pena o meio juridicamente instituído pelo qual o Estado procura promover a defesa social contra a agressão a bens jurídicos fundamentais, definida na lei como crime, atuando psicologicamente sobre a coletividade ou pelos processos convenientes de ajustamento social sobre o criminoso.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elenca no rol do artigo 5º, inciso XLVI, as espécies de penas que podem ser aplicadas, como a privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Ademais, no inciso seguintes (XLVII), dispõe expressamente que não haverá penas de morte, exceto nos casos de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis, sendo que tais ditames remetem ao princípio da humanidade das penas e garantia dos direitos humanos.

Nesse espeque, o jurista Eugênio Pacelli (2020, p. 35) enfatiza sobre a relação direta das penalidades com o atual Estado Democrático de Direito e o novo paradigma constitucional implementado pela ordem de 1988:

O Estado, diante da sua soberania, pode está autorizado a produzir leis e decidir pelo destino dos seus membros, desde que atenda às condições mínimas que articulam o modelo do Estado de Direito. Fora daí, uma organização política que se veja em condições de desrespeitar os direitos humanos e de utilizar o direito como força coercitiva para satisfação do poder não poderá ser qualificada como Estado de Direito, não merecendo sua inclusão entre as ordens políticas da modernidade.

Ocorre que, ao longo dos anos, diversas teorias tentam explicar a real finalidade das penas, havendo preocupação por parte da ciência jurídica acerca das formas de legitimação e fundamentação das sanções impostas, bem como qual o efeito que surge em relação tanto à pessoa que está sendo punida como também as repercussões no meio social em que encontra-se inserida.

Nesse sentido, a doutrinadora Anabela Miranda Rodrigues (1995, p. 153) discorre a respeito da evolução histórica da chamada teoria da pena:

As teorias da pena (retributiva e preventiva) surgiram, historicamente, para fundamentar a legitimação ou justificação da intervenção penal (pena), sendo que em ambos os casos é este o problema que está em causa, e não o da finalidade da pena. A atribuição de uma finalidade à pena foi utilizada pela teoria preventiva para justificar a intervenção penal, o que não é o caso da teoria retributiva, a qual encontrou suas respostas na “justiça” da punição. ‘Se quisermos continuar a usar a bipartição usual, devemos então fazê-lo – hoje, repete-se – com a consciência de que estamos a dar resposta a perguntas diferentes, como valor em planos diferentes. Em suma: de que ela constitui uma arrumação não para um, mas para dois problemas distintos. Se com as teorias preventivas se encontra (também) solução para a questão das finalidades da pena, já com a teoria retributiva estamos a lidar com o problema da justificação da pena.

A chamada teoria absolutista defende a ideia de que a pena é uma medida retributiva à pessoa que cometeu a infração, que não pode ficar impune. Desse modo, segundo os ditames da referida teoria, a pena possui como função unicamente a punição dos delinquentes e transgressores, não estando relacionada à nenhuma outra finalidade social ou educativa.

Assim sendo, embora a teoria absolutista tenha como principal finalidade a punição e a realização de justiça no caso concreto, as penas não podem ser consideradas desproporcionais e injustas em relação ao fato cometido, devendo ser observados critérios de intensidade e durabilidade.

Diversas críticas, no entanto, são tecidas em relação à teoria absolutista, sendo que, na concepção de Juan Bustos Ramírez (1994, p. 169): “não parece racional nem tampouco apropriado à dignidade da pessoa humana que a pena só consista num mal”, e, para Claus Roxin (2001, p. 213), a pena: “como drástica intervenção estatal que é, requer uma legitimação jurídica que não pode consistir em uma ideia metafísica de compensação retributiva da culpabilidade, senão, unicamente, em sua idoneidade e indispensabilidade para a satisfação dos encargos estatais”.

Por sua vez, a teoria preventiva ou relativa defende de que a aplicação das penas é necessária para que sejam evitadas novas práticas futuras de delitos. Assim, ao contrário da teoria anterior, em que a pena poderia ser considerada um fim em si mesmo, no que diz respeito à teoria relativa, o que se visa é alcançar objetivos futuros a partir da prevenção de delitos, podendo tal prevenção ser geral ou especial.

Nesse sentido, o autor Tomaz M. Shitanti (1999, p. 184) explica a diferença existente entre prevenção especial e geral, vejamos:

A pena tem ainda uma finalidade de prevenção, que constitui a dimensão social da sanção. Finalidade de prevenção especial: a pena visa à ressocialização do autor da infração penal, procurando corrigi-lo. Finalidade de prevenção geral: o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes.

Infere-se, desse modo, que a prevenção geral possui como escopo delitos que estão acontecendo na sociedade, podendo ser negativa ou intimidatória, coagindo possíveis transgressores a não praticarem tais ações em virtude de futura imposição da pena, bem como prevenção geral positiva, possuindo valor simbólico e cunho de conscientização dos cidadãos.

Por sua vez, a denominada prevenção especial possui uma dupla finalidade: a negativa, que diz respeito ao isolamento e neutralização social daqueles que já cometeram delitos, e a positiva, que relaciona-se de modo direto com a tentativa de reinserção na sociedade e reeducação jurídica-social daqueles que foram de encontro às normas penais legalmente estabelecidas.

Por fim, tem-se a teoria mista, utilizada na atualidade, tendo em vista que agrega tanto ditames absolutistas como relativistas. Desse modo, a finalidade da pena, além de corresponder a uma sanção imposta aos criminosos, busca prevenir o cometimento de novas infrações, determinando que a punição deve ser suficiente e necessária para que consiga tanto a prevenção de novos crimes, a partir de um caráter educativo, como também a reprovação do delinquentes pelo crime por ele já cometido.

3 ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PENAL x PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Os pilares da harmonia e independência que devem existir entre os poderes da União, visto que expressamente previstos no artigo segundo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estão sendo cada vez mais relativizados, havendo consideráveis interferências entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, possuindo como escopo os mais diversos motivos, tanto de ordem jurídica como também social e econômica.

Desse modo, levando-se em conta o princípio basilar do Estado Democrático de Direito, qual seja, a supremacia constitucional, implementada a partir do neoconstitucionalismo, é necessário que sejam criados mecanismos aptos à defesa da lei maior do país, sendo um dos quais que pode ser citado o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

É certo que o atual Estado Democrático de Direito possui suas bases no chamado neoconstitucionalismo, conforme salienta André Puccinelli Júnior (2012, p. 27) em seus ensinamentos sobre o tema:

O neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo moderno ou pós-positivismo, nasceu assim com a missão de edificar um Estado Constitucional de Direito ou, para alguns, um Estado Social e Democrático de Direito, que seja tributário da justiça distributiva e favoreça a positivação e concretização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, contemple o modelo normativo axiológico, absorva uma nova postura hermenêutica voltada à legitimação das aspirações sociais e reconheça a força normativa da Constituição, dando vazão à supremacia, imperatividade e efetividade de suas normas.

O contexto jurídico implementado a partir do neoconstitucionalismo possui como características principais a reaproximação entre direito e moral, a supremacia da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o fortalecimento da chamada jurisdição constitucional e a judicialização da política.

Em relação à judicialização, o ministro Luís Roberto Barroso (2018, p. 02) salienta que tal instituto decorre do modelo constitucional democrático adotado:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações

significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas.

Nessa senda, o jurista André Ramos Tavares (1998, p. 106) entende que não apenas o controle de constitucionalidade é abrangido pelo novo conceito de judicialização e jurisdição constitucional, mas também o controle de atos realizados pelos poderes públicos, com base nos ditames estabelecidos constitucionalmente.

Assim sendo, o ministro Luís Roberto Barroso (2011, p. 359) também conceitua jurisdição constitucional da seguinte maneira:

Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Em vista disso, a guarda da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 compete ao Supremo Tribunal Federal, conforme estabelecido no artigo 102¹ do próprio texto constitucional, que dispõe também sobre as competências que lhes são inerentes para processamento e julgamento originário, em sede de recurso ordinário ou extraordinário.

Nesse diapasão, o estudo do ativismo judicial no presente trabalho de conclusão de curso é pertinente e necessário para que haja uma melhor compreensão acerca da efetividade dos direitos fundamentais constitucionais, das lacunas legais existentes no ordenamento jurídico pátrio, em especial no ramo do direito penal, bem como acerca da função jurídico-legislativa que vem sendo desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal nos dias atuais.

3.1 Compreendendo o Fenômeno do Ativismo Judicial

Diversas são as definições de ativismo judicial encontradas na doutrina brasileira. Certo é que a ideia de ativismo judicial relaciona-se diretamente a um fenômeno fático social em que o magistrado possui uma postura proativa, a partir de

¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: [...]

II - julgar, em recurso ordinário: [...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...]

uma interpretação jurídica expansiva com vistas a efetivar de modo prático direitos e valores resguardados a nível constitucional.

Desse modo, na maior parte das vezes, o ativismo judicial é justificado pelo poder judiciário em virtude da existência de lacunas, lentidão, ou até mesmo inércia por parte do poder legislativo e, em casos mais raros de ocorrência, até mesmo do poder executivo, adentrando assim na esfera de tais poderes.

O doutrinador Elival da Silva Ramos (2010, p. 129), em sua obra acerca dos parâmetros dogmáticos do ativismo judicial, o conceitua da seguinte forma:

Por ativismo judicial deve-se entender 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 (conflitos normativos). Há como visto uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com inclusão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Em relação à origem do termo, o ministro Luiz Roberto Barroso (2018, p. 07) ressalta que o ativismo teve como origem a "decisão da Suprema Corte Norte Americana quando decidiu sobre a segregação racial, no momento em que ela desafiou as leis federais vigentes em que apoiavam a discriminação".

Assim sendo, ressalta o ministro Luiz Roberto Barroso (2018, p. 07) que:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Nesse espeque, o ministro Luiz Roberto Barroso (2009, p. 11), já no ano de 2009 (o que evidencia não tratar-se o ativismo judicial de inovação tão recente no ordenamento jurídico pátrio), conceituava ativismo judicial como sendo:

[...] uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e o seu alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Isso posto, constata-se que o ativismo judicial pode ser entendido como a atuação do poder judiciário com a finalidade principal de que as lides que lhes são apresentadas cotidianamente não fiquem sem resposta e que os problemas e anseios sociais possam ser resolvidos com bases nos preceitos constitucionais e direitos fundamentais, garantindo assim a manutenção da ordem constitucional democrática.

Desse modo, como o Supremo Tribunal Federal é o responsável pela guarda da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passou a ser peça chave fundamental e atuante em relação ao ativismo judicial no país, ganhando *status* de protagonista, já se manifestando, por exemplo, em relação ao uso de algemas (Habeas Corpus nº 91952), no que diz respeito ao aborto de feto anencéfalo (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54), judicialização da saúde, greve de servidores públicos, dentre outros assuntos.

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal tem decidido, em seus julgamentos, a respeito de inúmeras matérias das mais variadas temáticas, inclusive em sentido diametralmente oposto a decisões emanadas pelos demais poderes (legislativo e executivo), o que é considerado, por muitos doutrinadores e estudiosos do direito, como intimidação e ameaça direta ao princípio constitucional da separação dos poderes, cuja análise passa a ser feita a seguir.

3.2 Princípio da Independência, Harmonia e Separação dos Poderes

A evolução histórica do princípio da separação dos poderes encontra-se diretamente alicerçada à Roma Antiga, em aproximadamente 322 a.C., com a defesa realizada por Aristóteles visando a divisão de funções dos poderes políticos em função deliberativa, executiva e jurisdicional.

Nesse sentido, Pedro Lenza (2009, p. 337) ressalta que Aristóteles foi responsável por idealizar “a função de editar normas gerais a serem observadas por todos; a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função

de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos”.

Dessa maneira, em sua obra denominada “A Política”, o filósofo Aristóteles (2006, p. 115) explica um pouco sobre o que denomina de três poderes essenciais:

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

Por sua vez, Maquiavel, em sua obra denominada “O Príncipe”, traz a ideia de separação dos poderes como forma de beneficiamento ao rei. Já no século XVII, John Locke foi responsável pela classificação das funções do Estado em legislativa, executiva, federativa e prerrogativa, no entanto, segundo Michel Temer (2001, p. 120), em tal concepção o poder legislativo sobrepunha-se a todos os demais.

Assim sendo, segundo os pensamentos de John Locke (2003, p. 76):

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados.

Desse modo, as ideias apresentadas por John Locke foram essenciais influenciadoras da Revolução Gloriosa, em 1689, bem como na edição do *Bill of Rights* e reafirmação do parlamento. No entanto, a teoria da separação dos poderes é marcada pelos ensinamentos de Montesquieu, no século XVIII, apontada como essencial à garantia da liberdade dos indivíduos, destacando a necessária independência entre os poderes.

Assim sendo, em sua obra “O Espírito das Leis”, Charles de Secondat Barón de Montesquieu (1996, p. 167/168) apresenta o chamado sistema de freios e contrapesos e defende suas ideias com base nos seguintes argumentos:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Nesse sentido, o autor defende que tanto o Estado como os indivíduos devem ser protegidos da concentração do poder nas mãos de apenas um determinada pessoa, devendo o poder judiciário ser conferido àqueles que irão realizar os julgamentos baseando-se exatamente no que determina o texto da lei, e os outros poderes prestam-se à satisfação da vontade geral e sua correta execução.

Dessa forma, a teoria apresentada por Montesquieu dos freios e contrapesos postula que deve haver o controle e "freio" dos governos considerados despóticos, ou seja, aqueles em que apenas uma entidade governa de forma absoluta e com poderes ilimitados, devendo haver três poderes distintos, autônomos e independentes entre si, limitando-se cada um, no entanto, pela existência dos demais.

A ideia apresentada pelo sistema ressalta então que cada poder, apesar de ser autônomo, é controlado de forma mútua pelos demais poderes, a fim de que sejam evitados excessos e arbitrariedades. Assim sendo, as concepções de Montesquieu foram responsáveis por influenciarem a Declaração de Direitos da Virgínia (1776), a Constituição Norte Americana (1787) e também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Assim sendo, o jurista Jürgen Habermas (1997, p. 232) explica a diferenciação das funções do Estado e os vieses da clássica divisão de poderes:

A clássica divisão de poderes é explicada através de uma diferenciação das funções do Estado: enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução. Ao decidir autoritariamente no caso particular o que é direito e o que não é, a justiça elabora o direito vigente sob o ponto de vista normativo da estabilização de expectativas de comportamento. A realização administrativa elabora o conteúdo teleológico do direito vigente, na medida em que este confere forma de lei a políticas e dirige a realização administrativa de fins coletivos. Sob pontos de vista da lógica da argumentação, os discursos jurídicos servem para a aplicação de normas, ao

passo que a racionalidade da atividade administrativa é assegurada através de discursos pragmático.

No âmbito interno, a teoria da separação dos poderes é base fundamental para o atual estado democrático de direito, dispondo expressamente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além da independência e harmonia entre os poderes da União, que a separação dos poderes é considerada uma cláusula pétrea, conforme artigo 60, §4º do texto constitucional², não podendo ser objeto de deliberação proposta de emenda constitucional que tenha por objeto sua supressão.

Nessa feita, os autores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2019, p. 183) ressaltam acerca do alcance das cláusulas pétreas:

A cláusula pétrea não tem por meta preservar a redação de uma norma constitucional – ostenta, antes, o significado mais profundo de obviar a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição. Esses princípios, essas estruturas é que se acham ao abrigo de esvaziamento por ação do poder reformador.

Em relação a cada um dos poderes existentes, infere-se que são responsáveis por exercerem funções típicas, ou seja, conforme explica Alexandre de Moraes (2017, p. 437), “[...] cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional”.

Dessa maneira, as funções típicas do poder legislativo são legislar e realizar a fiscalização contábil, orçamentária, financeira e patrimonial do executivo; a função típica do poder executivo é a prática de atos de chefia de governo, de Estado e atos de administração; e a função típica do judiciário é exercer a função jurisdicional através dos julgamentos, aplicando o direito aos casos concretos e solucionando conflitos através de critérios predeterminados em lei.

Ocorre que, no entanto, os poderes também podem realizar funções consideradas “atípicas”, apenas quando houver expressa previsão em lei nesse sentido, a fim de que não seja maculado o princípio da indelegabilidade de atribuições

² § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

de um poder a outro, que ajuda a garantir a independência e harmonia entre os três poderes, conforme explica o doutrinador Pedro Lenza (2009, p. 180):

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

Desse modo, o poder legislativo realiza função atípica ao estabelecer disposições relacionadas à sua organização, concessão de férias, provimento de cargos e licenças de servidores (natureza executiva), bem como quando, por exemplo, o Senado Federal julga o Presidente da República nas hipóteses de crime de responsabilidade, em observância ao artigo 52, inciso I³ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (natureza jurisdicional).

Por sua vez, o poder executivo realiza função atípica quando, por exemplo, o Presidente da República edita Medida Provisória com força de lei, conforme artigo 62⁴ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (natureza legislativa), ou quando o executivo realiza julgamentos a partir de defesas e recursos de âmbito administrativo (natureza jurisdicional).

Por fim, tem-se como funções atípicas do poder judiciário a elaboração de regimentos internos para seus respectivos Tribunais, em consonância com o disposto no artigo 96, inciso I, alínea "a"⁵ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (natureza legislativa), assim como ao conceder administrativamente férias e licenças aos magistrados e demais serventuários, nos moldes do artigo 96, inciso I,

³ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

⁴ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

⁵ Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

alínea "f"⁶ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (natureza executiva).

Nesse espeque, verifica-se que o princípio da independência, harmonia e separação dos poderes relaciona-se diretamente ao ativismo judicial, em especial no que diz respeito às funções atípicas exercidas por cada um dos poderes, sendo que, em regra, um poder não pode adentrar na esfera de competência do outro, usurpando assim suas funções devidamente estabelecidas constitucionalmente.

Desse modo, o fenômeno do ativismo judicial pode ser visualizado quando o poder judiciário interfere no campo de atuação dos demais poderes, independentemente da justificativa utilizada para tanto. Assim sendo, os ensinamentos do doutrinador Elival da Silva Ramos (2010, p. 116) são nesse sentido:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional) que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Em relação ao tema, o autor Saul Tourinho Leal (2010, p. 135) opina que o crescimento de um poder apenas se dá tendo em vista o enfraquecimento dos demais, o que explica o fortalecimento do órgão máximo do poder judiciário no Brasil e do crescente ativismo realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Ressalta ainda o autor que a consequência do enfraquecimento dos poderes legislativo e executivo é uma crise de legitimidade e representatividade popular, interferindo todo o funcionamento do processo democrático.

Por sua vez, o jurista Elival da Silva Ramos (2010, p. 119/120), argumenta acerca da inovação e criatividade das decisões emanadas pelo poder judiciário, no entanto, ressalta que tal poder possui consideravelmente menos liberdade criativa do que a conferida ao poder legislativo, não podendo o poder judiciário atingir outras funções estatais por meio do seu exercício, sob pena de agressão direta ao princípio constitucional da separação dos poderes.

⁶ f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados.

No entanto, é certo que o ativismo judicial praticado no país, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, relaciona-se também de forma direta com diversos outros princípios constitucionais, e, em matéria penal, especialmente aos princípios da legalidade, reserva legal e anterioridade da lei penal, cuja análise será realizada no tópico subsequente.

3.3 Princípios Constitucionais do Direito Penal

De igual forma como acontece nos demais ramos do direito, o direito penal é regido por diversos princípios, próprios e constitucionais. Os princípios são alicerces norteadores para a aplicação e interpretação do direito, apresentando soluções para questões controvertidas e cuja observância deve ser efetivada pelos operadores do direito nas demandas cotidianas, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto.

Assim sendo, os princípios diferenciam-se das regras, ao passo que as últimas possuem comandos fixos pré-determinados e que não podem ser flexíveis. Por sua vez, tratam-se os princípios de amplas diretrizes norteadoras e basilares, podendo aparecer de forma tanto explícita, nos textos normativos, como também implícita.

No que diz respeito ao âmbito do direito penal, é importante ressaltar que existem princípios garantidores mínimos constitucionais que são aplicados à tal ramo do direito, a fim de que sejam garantidos direitos humanos fundamentais e que haja limites ao poder estatal intervencionista no que diz respeito às liberdades individuais inerentes à cada cidadão.

Em relação ao tema, Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 57) ressalta que:

Hoje poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito. Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988. Eles estão localizados já no preâmbulo da nossa Carta Magna, onde encontramos a proclamação de princípios como a liberdade, igualdade e justiça, que inspiram todo o nosso sistema normativo, como fonte interpretativa e de integração das normas constitucionais, orientador das diretrizes políticas, filosóficas e, inclusive, ideológicas da Constituição, que, como consequência, também são orientativas para a interpretação das normas infraconstitucionais em matéria penal.

Nessa toada, em virtude do direito penal tutelar relações e bens de extrema significância, tanto de cunho materiais como imateriais, inclusive com a estipulação de sanções para os transgressores, existe a necessidade da expansão das normas constitucionais para que seja conferida validade às normas penais, evitando assim arbitrariedades e violação ao estado democrático de direito, apresentando os princípios constitucionais força imperativa e normativa em relação à observância pelos demais ramos do direito aos preceitos mínimos fundamentais.

Desse modo, em relação aos princípios penais constitucionais, Paulo César Busato (2020, p. 97) enumera em sua obra alguns princípios que buscam garantir limites ao poder punitivo do Estado, para que não seja realizado de forma absoluta, mas sim com a menor violência possível:

A doutrina majoritária costuma enunciar uma série de princípios tanto penais como processuais. Garantias como o princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos, o princípio de intervenção mínima, o princípio de necessidade e utilidade da intervenção, o princípio de culpabilidade, o princípio de responsabilidade subjetiva, o princípio de proibição das penas desumanas e degradantes, o princípio da orientação das penas privativas de liberdade à ressocialização do autor, o princípio de presunção de inocência, o princípio de legalidade, o princípio de igualdade perante a lei, o direito da pessoa a não declarar contra si mesma etc. O que há de uniforme nesses enunciados é que todos visam garantir uma menor violência, deslegitimando o exercício punitivo absoluto por parte do Estado.

Assim sendo, diversos princípios emanados a partir da nova ordem constitucional democrática instaurada em 1988 são de suma importância para que haja a limitação da intervenção penal na esfera privada dos indivíduos, tendo em vista que a aplicação do direito penal é considerada *ultima ratio*, ou seja, não pode ser tida como a primeira opção, pelo contrário, apenas se os outros ramos do direito não conseguirem resolver a questão é que o direito penal deve ser utilizado.

Nesse esboço, como exemplo de princípios constitucionais explícitos do direito penal pode-se citar a retroatividade da lei penal benéfica; a personalidade ou responsabilidade pessoal, não podendo a pena ultrapassar a pessoa do delinquente; a individualização das penas e o princípio da humanidade.

Por sua vez, têm-se como alguns princípios constitucionais implícitos do direito penal a intervenção mínima ou subsidiariedade; a fragmentalidade; culpabilidade; taxatividade; proporcionalidade e vedação à dupla punição pelo mesmo fato, também conhecido como princípio da vedação ao *bis in idem*.

No entanto, existem alguns princípios penais constitucionais explícitos que merecem maior destaque e profundidade no presente trabalho, vez que encontram-se diretamente relacionados ao tema proposto, ou seja, aos limites do ativismo judicial realizado pelo Supremo Tribunal Federal em matéria penal, quais sejam: princípio da legalidade, da reserva legal e da anterioridade da lei penal.

3.3.1 Princípio da Legalidade Penal

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, do século XVIII, que surgiu como consequência dos ideais iluministas da época, já previa em seu corpo que ninguém poderá ser punido a não ser em virtude de lei, devidamente estabelecida, promulgada e legalmente publicada anteriormente ao delito.

Por sua vez, no ordenamento jurídico interno, o princípio da legalidade penal é previsto expressamente no artigo 5º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispondo que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, bem como no artigo 1º do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), que estabelece não haver pena sem que haja prévia cominação legal.

Assim sendo, o autor Luiz Regis Prado (2006, p. 130) explica acerca da amplitude conferida ao conceito de legalidade, vejamos:

A sua dicção legal tem sentido amplo: não há crime (infração penal) nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (*stricto sensu*). Isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa (*lex scripta lex praevia et lex certa*).

No mesmo sentido, o jurista Francisco de Assis Toledo (1994, p. 21) ressalta em seus ensinamentos a respeito do tema que o princípio da legalidade é fundamental para que haja um efetivo controle do poder punitivo estatal:

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais.

Dessa forma, o princípio da legalidade penal corrobora para a concretização da segurança jurídica, não havendo o que se falar em imprevisibilidades, proporcionando a manutenção do estado democrático de direito, visto que as normas impositivas são fruto do debate realizado pelo poder legislativo, devidamente legitimado pelo povo.

O princípio da legalidade também relaciona-se de modo direto com o princípio da taxatividade penal, ou seja, as condutas típicas punitivas devem ser suficientemente claras e elaboradas de modo que não haja nenhuma dúvida no que diz respeito ao seu cumprimento por parte dos destinatários.

Assim sendo, tendo em vista o princípio da taxatividade, o direito penal proíbe a chamada analogia *in malam partem*, ou seja, na aplicação interpretativa criminal e integrativa da norma, é proibido que sejam alcançadas condutas que não estão expressamente contempladas nos preceitos do tipo penal. No mesmo sentido, também não é permitida a criação de tipos penais com base nos costumes.

Nesse espeque, enfatiza o jurista Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 91):

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

Desse modo, o princípio da legalidade confere aos indivíduos um prévio conhecimento acerca dos crimes existentes no ordenamento jurídico brasileiro e suas respectivas punições. Assim, ao ser praticada uma conduta típica, não poderá haver punição diversa daquela previamente estabelecida na reprimenda criminal.

Nessa toada, é certo que os tipos penais possuem origem no poder legislativo, composto por representantes devidamente eleitos pelo povo, sendo os responsáveis pela edição das leis penais, não podendo nenhuma atuação judicial fixar novos modelos incriminadores a partir da analogia *in malam partem*.

Posto isso, os órgãos do poder judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal em suas decisões, ao interpretarem os ditames legais à luz do caso concreto e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, devem atentar-se para

não ferirem o princípio basilar da legalidade e separação dos poderes, não adentrando a esfera de competência do poder legislativo e atuando como legislador positivo.

A seu turno, é importante ressaltar ainda que o princípio da legalidade penal desdobra-se em outros dois princípios, quais sejam, o princípio da reserva legal e o princípio da anterioridade da lei penal, sendo ambos expressamente previstos no texto constitucional, confirmando ainda mais a segurança jurídica e institucional da sociedade e do estado democrático de direito.

3.3.2 Princípio da Reserva Legal

O princípio da reserva legal determina que apenas a lei, em sentido formal, pode estabelecer condutas penais e sanções punitivas, sendo competência do Congresso Nacional a aprovação de tais leis, desde que observados os trâmites processuais, seguindo logo após para a sanção do Presidente da República.

Em relação ao princípio da reserva legal, o jurista Júlio Fabbrini Mirabete (2004, p. 55) destaca sobre a reserva absoluta da lei para prever crimes e cominar penas:

O também denominado princípio da reserva legal tem, entre vários significados, o da reserva absoluta da lei (emanada do Poder Legislativo, através de procedimento estabelecido em nível constitucional) para a definição de crimes e cominação das sanções penais, o que afasta [...] regras jurídicas que não são lei em sentido estrito, embora tenham o mesmo efeito, como ocorre, por exemplo, com a medida provisória, instrumento totalmente inadequado para tal finalidade.

Assim sendo, o princípio da reserva legal no âmbito do direito penal refere-se à legalidade *stricto sensu*, ou seja, em sentido estrito, sendo que somente leis complementares ou ordinárias poderão versar sobre a matéria, ressaltando o autor Rogério Sanches Cunha (2015, p. 83): “segundo o princípio da reserva legal, a infração penal somente pode ser criada por lei em sentido estrito, ou seja, lei complementar ou lei ordinária, aprovadas e sancionadas de acordo com o processo legislativo respectivo, previsto na CF/88”.

Nesse diapasão, o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 55) estabelece a relação direta existente entre o princípio da reserva legal e o princípio da legalidade, destacando que:

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

Desse modo, não se pode tipificar infrações através de medidas provisórias, resoluções ou decretos, sendo vedada a utilização da analogia para o suprimento de lacunas em matéria penal. Em relação ao tema, o doutrinador Rogério Sanches Cunha (2015, p. 83) salienta o seguinte:

Medida provisória não pode definir infrações penais ou cominar penas. Quer pela efemeridade, quer pela incerteza que traduz, dada a possibilidade de sua não-conversão em lei ou de sua rejeição pelo Congresso Nacional, é claramente incompatível com o postulado de segurança jurídica que o princípio quer assegurar. Dificilmente se poderá compatibilizar ainda os pressupostos de relevância e urgência da medida com pretensões criminalizadoras, sobretudo à vista dos múltiplos constrangimentos que podem ocorrer no curto espaço de sua vigência.

Contudo, é importante ressaltar que as chamadas normas penais em branco, ou seja, aquelas que necessitam de complementação de outras, no mesmo nível ou em níveis diversos, como sendo regulamentadas por decretos ou regulamentos, não ferem o princípio constitucional penal da reserva legal.

Assim sendo, para que haja a manutenção do estado democrático de direito, é crucial que seja observado o princípio da reserva legal, conforme destaca Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 295):

Os Estados Democráticos de Direito não podem conviver com diplomas legais que, de alguma forma, violem o princípio da reserva legal. Assim, é inadmissível que dela resulte a definição de novos crimes ou de novas penas ou, de qualquer modo, se agrave a situação do indivíduo. Dessa forma, as normas penais não incriminadoras, que não são alcançadas pelo princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, podem perfeitamente ter suas lacunas integradas ou complementadas pela analogia, desde que, em hipótese alguma, agravem a situação do infrator.

Portanto, o princípio da reserva legal, em matéria penal, apresenta-se como uma forma de garantia às liberdades individuais a partir do momento que possui o condão de limitar as fontes formais do direito penal, tendo em vista sua relação direta com os princípios da intervenção mínima, ofensividade e adequação social.

3.3.3 Princípio da Anterioridade da Lei Penal

Estabelece o princípio da anterioridade da lei penal que, para uma conduta ser punida pelo ordenamento jurídico brasileiro, é necessário que já exista lei anterior em vigor incriminando tal ato, antes mesmo de ter sido praticado pelo agente. Assim sendo, não é possível que uma lei seja criada para punir e incriminar fato que ocorreu antes mesmo de sua edição.

Assim sendo, o indivíduo deve sempre conhecer de antemão a pena que lhe será aplicada caso cometa alguma conduta típica, conforme corrobora os ensinamentos dos juristas Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso (1977, p. 115):

Ao criminoso não pode ser imposta uma pena que lhe era desconhecida ao tempo do crime. Colidiria isto, aliás, com o *moneat priusquam feriat*, ou seja, com a própria função preventiva ou intimidante, que, segundo o critério do direito positivo (precisamente quando exige a anterioridade da lei penal), realiza um dos fins da pena; pois é de se presumir que, se esta já tivesse, ao mesmo tempo do crime, o rigor que só veio a assumir depois, o agente se teria absterido de violar a lei.

Desse modo, uma consequência direta do princípio da anterioridade penal é a irretroatividade da lei penal maléfica, ou seja, a lei somente poderá retroagir para beneficiar o réu, conforme disposto no parágrafo único do artigo 2º do Código Penal: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

De igual maneira, também a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe em seu artigo 5º, inciso XL, que: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Nesse espeque, em relação ao assunto, o doutrinador Basileu Garcia (2008, p. 205) explica a correlação direta existente entre princípio da legalidade, anterioridade e irretroatividade da lei penal:

A lei da época do fato é que, em tese, deve ser aplicada, em consonância ao princípio da legalidade dos delitos e das penas, o qual conduz à necessária anterioridade da lei penal. Mas, se a lei nova é mais favorável, uma inegável imposição do senso de equidade manda aplicá-la retroativamente, cessando então a natural ultratividade da lei contemporânea ao acontecimento.

Isso posto, observa-se que os princípios da legalidade, da reserva legal e da anterioridade da lei penal, bem como a impossibilidade de retrocesso da lei penal maléfica, garantem aos indivíduos uma maior segurança jurídica, ao passo que não

surpreendem-se com as punições recebidas após a prática dos fatos criminosos, tendo em vista que já estão cientes de sua imposição pela transgressão das normas.

3.4 Justificativas para a Utilização do Ativismo Judicial no Brasil

No âmbito do direito penal, conforme depreende-se a partir da hermenêutica dos princípios constitucionais penais explícitos da legalidade, reserva legal e anterioridade da lei penal, as condutas típicas e respectivas sanções somente podem ser criadas por meio de lei em sentido formal, emanadas do poder legislativo, após serem analisados e cumpridos todos os trâmites para sua aprovação.

No entanto, o fenômeno do ativismo judicial encontra-se cada vez mais presente no ordenamento jurídico pátrio, em especial a partir de decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal inclusive em matéria penal. Desse modo, o ativismo judicial pode ser praticado através de variados tipos de conduta, conforme explica o ministro Luís Roberto Barroso (2018, p. 03):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Assim sendo, alguns dos doutrinadores e estudiosos da área elencam motivos, elementos cruciais e possíveis justificativas para a ocorrência do ativismo judicial no Brasil, embora existam expressamente comandos normativos constitucionais e infraconstitucionais determinando que as normas e respectivas sanções que versam sobre direito penal somente devem ser criadas por leis em sentido formal.

Nesse espeque, é importante ressaltar que ativismo judicial não é sinônimo de discricionariedade, sendo que a última trata-se da faculdade dos poderes escolher como agir diante das possibilidades que lhes são apresentadas, havendo margem de escolha para atuação de acordo com a legislação.

Dessa maneira, o ativismo judicial não pode ser visto como uma justificativa para que os membros do poder judiciário atuem de forma desvinculada da lei e, em

especial, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O que deve haver, em verdade, é uma melhor aplicação das normas constitucionais aos casos concretos que são apresentados ao poder judiciário, a partir de uma interpretação hermenêutica da nova ordem implementada a partir do estado democrático de direito.

Nessa senda, o fenômeno do ativismo judicial encontra-se intrinsecamente relacionado à jurisdição constitucional, conforme explica o jurista Luís Roberto Barroso (2018, p. 229) sobre o assunto:

Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Desse modo, em virtude da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal passou a ser considerado protagonista a partir da nova ordem instaurada em 1988, exercendo e acumulando diversas funções, como julgamento de ações através do controle concentrado de constitucionalidade, exercício do controle difuso incidental em último grau de jurisdição nas matérias constitucionais, além de possuir competência originária para o julgamento de certas causas em virtude do foro privilegiado.

No entanto, salienta o doutrinador Luís Roberto Barroso (2018, p. 25) que embora judicialização constitucional e ativismo judicial sejam muito semelhantes, não tratam-se de sinônimos, estabelecendo a diferença existente entre eles:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Assim sendo, existem tanto posicionamentos contrários ao ativismo judicial como favoráveis à adoção da prática, em especial pelo Supremo Tribunal Federal. Em suma, um dos principais fatores que ensejam a prática do ativismo judicial no país é a figura do Estado intervencionista, que deve atuar na proteção e concretização dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Nesse sentido, enfatiza o jurista Lenio Luiz Streck (2002, p. 32), que "o Estado figura como garantidor de qualidade de vida ao indivíduo, através de ações positivas, direcionadas à garantia do bem-estar social". Desse modo, ressalta o autor que:

Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Registre-se que, no caso brasileiro, o constituinte brindou a sociedade (e, portanto, a comunidade jurídica) com instrumentos aptos a suprir a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, como é o caso do mandado de injunção, a inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, só para citar alguns.

Dessa maneira, observa-se que um fator que favorece a prática do ativismo judicial no país é a ineficiência, inércia ou mora do poder legislativo, o que faz com que temas relevantes e atuais não sejam regulamentados, ficando a população sem normas para reger determinados assuntos.

Em relação à questão, destaca o doutrinador Saul Tourinho Leal (2010, p. 106):

O Congresso Nacional seja por qual razão, se vê diante da incrível dificuldade de deliberar sobre temas por vezes impopulares e que refletem negativamente junto ao eleitorado. Isso em total falta de sintonia com a população, muitas vezes necessitada da regulamentação de direitos constitucionais ou de normas programáticas.

Outro argumento utilizado pelos defensores do ativismo judicial é a defesa das minorias vulneráveis como justificativa, vez que os grupos sociais excluídos e marginalizados da sociedade não possuem normas que regulamentam suas situações na maior parte dos casos, deturpando assim a real ideia de igualdade e democracia. Nessa toada, o autor André Ramos Tavares (1998, p. 84) argumenta que:

A democracia só existe quando, para além dos direitos e liberdades fundamentais e do princípio da subordinação de todos à lei (governo de leis e não de homens), assegura-se que a maioria não sufocará os correlatos direitos da minoria, alcançados após uma longa evolução histórica.

Assim sendo, levando-se em conta que, ao contrário do judiciário, os membros dos poderes legislativo e executivo são eleitos pelo povo, através do voto da maioria, existe uma dificuldade na efetivação de direitos fundamentais inerentes às correntes contramajoritárias, que muitas vezes não possuem representatividade nos demais

poderes, fazendo com que o poder judiciário adote posturas proativas em defesa dos direitos das minorias sociais.

No que diz respeito ao direito das minorias e ativismo judicial, defende Luís Roberto Barroso (2018, p. 28) que o judiciário atende temas relevantes que não conseguiram ser resolvidos pelo parlamento:

A Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário [...] e aí é que está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. Ativismo e contenção judicial desenvolvem uma trajetória pendular nos diferentes países democráticos. Há situações em que o processo político majoritário fica emperrado pela obstrução de forças políticas minoritárias, mas influentes, ou por vicissitudes históricas da tramitação legislativa. De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável.

O ativismo judicial justifica-se também pelo fato de que, caso não fosse realizado, haveria um engessamento em diversas questões que não conseguem ser resolvidas pelos representantes políticos, posto que nem mesmo chegam a ser suscitadas ou não conseguem entrar em consenso em relação à temática. Desse modo, o poder judiciário confere celeridade, aplicabilidade e real efetividade aos direitos fundamentais.

Por sua vez, em defesa do ativismo judicial, o ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello ressaltou em seu voto em sede de medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 347, Distrito Federal, que:

[...] há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

A seu turno, o ministro Luís Roberto Barroso (2018, p. 19) ressalta que, embora o ativismo judicial apresente inúmeras vantagens, esconde uma crise de

representatividade, funcionalidade e legitimidade do poder legislativo, sendo necessária que haja uma reforma política na democracia brasileira:

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

No entanto, a *contrario sensu*⁷, existem posições que não são favoráveis à adoção da prática do ativismo judicial no país, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, ao argumento de que tal fenômeno enseja o descrédito da atividade legislativa, fazendo com que as funções estatais fiquem desequilibradas.

Desse modo, os autores Felipe Braga Albuquerque e Juliana Cristine Diniz Campos (2015, p. 787) defendem que quanto mais poder é conferido ao judiciário, existe a possibilidade de controle integral do ordenamento jurídico por tal poder, fazendo com que as divisões das funções estatais sejam esvaziadas de sentido e ameaçando de forma direta o preceito da segurança jurídica:

Dito de outro modo, ao Poder Judiciário não pode ser permitido estabelecer ou mesmo ampliar os limites de sua atividade de intérprete autêntico da ordem jurídica, sob pena de: a) esvaziamento da função legislativa; b) excessiva judicialização das questões, levando ao esgotamento da administração da Justiça; c) desconsideração completa do sentido de segurança jurídica.

Assim sendo, um dos principais problemas apresentados pelo ativismo judicial consiste na tentativa de soluções temáticas pelo poder judiciário a partir da interpretação deturpada e incorreta hermenêutica das normas constitucionais, extrapolando assim o princípio basilar da separação dos poderes estabelecido expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nessa toada, o jurista Lenio Luiz Streck (2018, p. 10) ressalta que a prática do ativismo judicial fere diversos princípios fundamentais, não devendo o Supremo Tribunal Federal agir como um superpoder:

Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas

⁷ Em sentido contrário, inversamente.

inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de panprincipiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. [...] Tudo se judicializa. Na ponta final, ao invés de se mobilizar e buscar seus direitos por outras vias (organização, pressões políticas, etc.), o cidadão vai direto ao Judiciário, que se transforma em um grande guichê de reclamações da sociedade. Ora, democracia não é apenas direito de reclamar judicialmente alguma coisa. Por isso é que cresce a necessidade de se controlar a decisão dos juízes e tribunais, para evitar que estes substituam o legislador. E nisso se inclui o STF, que não é — e não deve ser — um super poder.

Dessa maneira, também salienta o autor Lenio Luiz Streck (2018, p. 10) sobre a prejudicialidade do ativismo judicial para a democracia:

O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim ou pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa.

A seu turno, o doutrinador Marcos Paulo Veríssimo (2008, p. 413), em seus estudos, realiza uma minuciosa análise sobre a necessidade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ser protegida até mesmo de seu próprio guardião, o Supremo Tribunal Federal, que não possui poder para alterá-la:

O grande risco de qualquer desses sistemas ocorre quando o guardião muda de posição e se compreende como dono da Constituição. Aqui reside o perigo. Aos guardiões é incumbida uma função, qual seja, a de guardar algo em proveito de outrem. Isto é, o exercício de uma função. Os servidores públicos incumbidos de guardar a Constituição a devem guardar em proveito da sociedade que lhes atribuiu essa função pública, e não se tornar donos dela. Ninguém deu aos guardiões a propriedade da Constituição, apenas sua guarda. [...] Se as normas constitucionais não estão mais adequadas, vamos mudá-las. O Direito e a Constituição não são produtos hauridos do céu ou construídos por sábios trancados em torres empoeiradas. É algo vivo. Se é necessário mudar, mudemos — ouvindo o povo, no qual reside a soberania (artigo 1º, I, CF), e não por meio de uma interpretação constitucional composta de seis dentre 11 pessoas, cuja função é guardar a Constituição, e não alterá-la. Eles não nos representam para isso. É comum se dizer que o STF tem a última palavra sobre o Direito e a Constituição. Não concordo. O STF tem a última palavra no processo, nos autos, mas não se pode estudar o Direito e a Constituição apenas pela jurisprudência. Fosse assim, deveriam ser rasgados todos os livros doutrinários e fechadas as faculdades de Direito; passaríamos todos a estudar nas escolas de magistratura.

Nesse diapasão, fato é que, conforme exposto, embora existam correntes e posicionamentos contrários e favoráveis à postura que vem sendo adotada pelo

Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, diversas decisões tem sido tomadas pelo órgão de cúpula do poder judiciário, regulamentando os mais variados assuntos, como a criminalização da homotransfobia a partir do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 e mandado de injunção 4733, cujo estudo debruça-se à seguir.

4 TRANSFOBIA E HOMOFOBIA

Com o propósito de que haja uma melhor compreensão na íntegra sobre todos os pontos suscitados na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a criminalização da homotransfobia e equiparação ao crime de racismo, é necessário anteriormente que seja feito um estudo acerca do que consiste os conceitos de homossexualidade e transexualidade hodiernamente, bem como sobre as formas de violência a que estão sujeitos os indivíduos que encaixam-se em tais grupos.

Nesse contexto, será realizada no presente tópico, a princípio, uma análise histórica, verificando-se a origem de tais termos, o desenvolvimento ao longo da sociedade, os preconceitos e dificuldades encontradas por aqueles que não se encaixam dentro do conceito de heterossexualidade, as diferenças existentes entre gênero, orientação sexual e identidade de gênero, bem como as principais pautas levantadas pelo movimento LGBTQIA+ atualmente no país.

4.1 Origem, Histórico e Conceituação

Inicialmente, importante asseverar que tratam-se de conceitos relativamente modernos, que foram construídos ao longo da evolução histórica da sociedade. Desse modo, destaca Guacira Lopes Louro (2001, p. 542) que a homossexualidade passa a ganhar destaque e aceitação a partir da segunda metade do século XX:

A homossexualidade e o sujeito homossexual são invenções do século XX. Se antes as relações amorosas e sexuais entre pessoas do mesmo sexo eram consideradas como sodomia (uma atividade indesejável ou pecaminosa à qual qualquer um poderia sucumbir), tudo mudaria a partir da segunda metade daquele século: a prática passava a definir um tipo especial de sujeito que viria a ser assim marcado e reconhecido.

O termo homofobia foi utilizado pela primeira vez pelo psicólogo norte-americano George Weinberg, porém associado à repulsa e preconceito em relação àqueles que não se encontravam dentro do padrão de heterossexualidade. No entanto, por mais que o termo apresente origem recente, há muitos anos a homossexualidade pode ser observada na história da humanidade.

Na Roma Antiga, a homossexualidade era comumente vista na sociedade, no entanto, a homossexualidade passiva não poderia ser praticada. Assim sendo, o

homem, embora pudesse manter relações sexuais com pessoas do mesmo sexo, não poderia perder sua virilidade masculina. Desse modo, a transexualidade era repudiada pela Roma Antiga, visto que não se poderia "abandonar" seu sexo biológico para identificar-se como sendo pertencente ao sexo aposto.

Em relação à homossexualidade e sua tolerância com ressalvas na Roma Antiga, o autor Daniel Borillo (2010, p. 46) assevera as seguintes condições que eram impostas aos homossexuais do período:

Não afastar o cidadão de seus deveres para com a sociedade; não utilizar pessoas de extrato inferior como objeto de prazer e por último, evitar absolutamente de assumir papel passivo nas relações com os subordinados, evidentemente o cidadão Romano deveria, sobretudo casar-se, torna-se pater famílias, assim como zelar pelos interesses não só econômico, mas também da linhagem.

Com o governo de Justiniano, passaram-se a condenar as práticas homossexuais em Roma, posição também adotada na Idade Média, em especial pela Igreja Católica. Da mesma forma ocorria em relação à Grécia Antiga, onde as condutas homossexuais não eram incomuns, no entanto, não podia haver condutas submissas e passivas na relação, condenadas pelos cidadãos da época.

Em relação à civilização americana, apenas com as missões jesuítas, a partir da colonização portuguesa e espanhola, as relações homossexuais passaram a ser incriminadas, em especial por religiões de origem monoteístas, como o judaísmo, cristianismo e islamismo, para as quais constituía pecado, inclusive com a imposição de punições severas pela realização da prática homossexual, conforme ressalta o autor João Silvério Trevisan (2018, p. 149):

As punições da inquisição brasileira foram as mais variadas. Havia jejuns obrigatórios, orações especiais, retiros, uso de cilício, multas em dinheiro e açoites para os casos considerados mais brandos. Nos casos considerados mais graves, a punição materializava-se em confisco de bens, degredo para outra cidade, e a prisão.

Contudo, a separação entre Estado e Igreja e as ideias trazidas pelo iluminismo, de igual forma movimentos como a Revolução Francesa, foram cruciais para uma nova releitura sobre o tema e banimento das punições. No entanto, ainda nas idades modernas e contemporâneas, a partir dos séculos XVIII e XIX, os homossexuais eram tidos como anormais e portadores de anomalias físicas, como a efeminação, sendo a homossexualidade considerada uma patologia.

Porém, no ano de 1990, em 17 de maio, a Organização Mundial da Saúde – OMS, chegou à conclusão que a homossexualidade não é uma doença, sendo extirpada de suas listas e manuais. Assim sendo, o autor João Silvério Trevisan (2018, p. 46) enfatiza que trata a família moderna do século XIX de “uma rede de prazeres-poderes articulados segundo múltiplos pontos e com relações transformáveis”, ressaltando também que a homossexualidade não é uma opção.

Desse modo, Michel Foucault (1988, p. 43) retrata a figura do homossexual do século XIX, composta por um agrupamento de diversas fases já enfrentadas pelos homossexuais ao longo do desenvolvimento da humanidade:

Essa nova caça as sexualidades periféricas provoca a incorporação das perversões e nova especificações dos indivíduos. A sodomia - a dos antigos direitos civil ou canônico - era um tipo de ato interdito e o autor não passava de seu sujeito jurídico. O homossexual do século XIX torna-se uma personagem: um passado, uma história, uma infância, um caráter, uma forma de vida: também é morfologia, com uma anatomia indiscreta e, talvez, uma fisiologia misteriosa. Nada daquilo que ele é, no final das contas, escapa à sua sexualidade. (...) A homossexualidade apareceu como uma das figuras da sexualidade quando foi transferida, da prática da sodomia, para uma espécie de androgenia interior, um hermafroditismo da alma. O sodomita era um reincidente, agora o homossexual é uma espécie.

No entanto, juntamente com a homossexualidade, encontra-se o conceito de homofobia. Considera-se homofobia o preconceito e repulsa relacionados à negação em relação aos homossexuais. Do ponto de vista etimológico, a palavra homofobia deriva-se do grego, a partir da junção dos significados das palavras: *homo* – iguais e *fobia* – aversão.

O doutrinador Daniel Borillo (2010, p. 05) conceitua homofobia como sendo:

Homofobia é intolerância, rechaço, temor, preconceito e perseguição de pessoas que não cumprem com o rol de gênero masculino dominante, com o papel estabelecido culturalmente pelo poder masculino para homens e mulheres. O outro, diferente, é inferior.

Ademais, o autor Daniel Borillo (2010, p. 01) ressalta ainda que o termo homofobia é utilizado como forma de menosprezo e inferiorização aos homossexuais:

[...] tem sido utilizado para fazer referência a um conjunto de emoções negativas (aversão, desprezo, ódio ou medo) em relação às homossexualidades. No entanto, tendê-lo assim implica limitar a compreensão do fenômeno e pensar seu enfrentamento somente a partir das medidas voltadas a minimizar os efeitos e sentimentos e atitudes de indivíduos ou grupos de indivíduos.

Em relação ao tema, a doutrinadora Ana Cláudia Bortolozzi Maia (2009, p. 370) ressalta os sintomas e práticas relacionadas à homofobia, bem como o conjunto de emoções negativas que podem ser identificadas em pessoas homofóbicas, como os sentimentos de ódio e repulsa:

[...] o termo costuma ser insistentemente empregado em referência a um conjunto de emoções negativas (tais como aversão, desprezo, ódio, desconfiança, desconforto ou medo) em relação às pessoas homossexuais ou assim identificadas. Esta emoção, em alguns casos, seria a tradução do receio (inconsciente “doentio”.) de a própria pessoa homofóbica ser homossexual (ou de que os outros pensem que ela seja). Assim, seriam indícios (ou sintomas) de homofobia o ato de se evitarem homossexuais e situações associáveis ao universo homossexual, bem como a repulsa às relações afetivas e sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Essa repulsa, por sua vez, poderia se traduzir em ódio generalizado (e, de novo, “patológico”) às pessoas homossexuais ou vistas como homossexuais. A homofobia aparece aí como um produto de uma patologia.

A seu turno, o termo transexual foi utilizado pela primeira vez no ano de 1966, nos Estados Unidos, pelo sexólogo alemão Harry Benjamin, a partir de estudos sobre procedimentos clínicos, sendo também considerada a transexualidade uma patologia para os psicanalistas da época, com cura realizada por manobras cirúrgicas.

Desse modo, o termo transexualidade refere-se àqueles indivíduos cujo gênero físico não identifica-se com o gênero biológico. Desse modo, o transexual se identifica com um gênero diferente daquele que foi-lhe atribuído ao nascer. No entanto, para ser considerado transexual, não é necessário que o indivíduo seja submetido à cirurgias ou tratamentos hormonais para adequação de suas características com o gênero que mais se identifica, bastando apenas a não-identidade.

O primeiro procedimento de redesignação sexual no mundo é datado no começo do século XX, em 1933, sendo realizado por Lili Elbe, símbolo da luta transexual ao redor do globo, sendo considerado o primeiro transgênero da história, no entanto, não resistiu e acabou falecendo durante o procedimento cirúrgico.

O termo transfobia é considerado relativamente recente, tendo sido incluído no *Oxford English Dictionary* apenas no ano de 2013. Nesse sentido, a autora Letícia Rodrigues Ferreira Netto (2019, p. 01) define transfobia como sendo:

[...] uma forma de preconceito contra pessoas transexuais que pode se traduzir em atos de violência física, moral ou psicológica. A transfobia é uma forma de aversão às pessoas trans e se manifesta em diferentes ações de preconceitos, sejam explícitos ou velados. Esse preconceito deriva da não aceitação da manifestação individual dessas pessoas. [...] As ações de

transfobia, para além de ações de preconceitos cotidianos, como a desigualdade de tratamento e a diminuição da pessoa em questão, podem ainda se traduzir em crimes de ódio quando a pessoa ou suas propriedades são atacadas de alguma maneira.

Nesse espeque, a transfobia pode ser entendida como a discriminação e aversão à pessoas travestis e transexuais, a partir do tratamento desigual conferido à tais grupos ou pessoas, como exclusão, preconceitos e formas de injustiça social, gerando não apenas violência, mas ódio e demais sentimentos negativos.

Infere-se, desse modo, que embora a homofobia e transfobia sejam conceitos relativamente novos, o preconceito em relação aos homossexuais e transexuais encontra-se inserido na sociedade ao longo do desenvolvimento de toda cultura humana, o que manifesta-se, por exemplo, por meio de crimes e discursos de ódio. Nesse viés, é de suma importância para o rompimento de tais paradigmas discriminatórios um maior conhecimento por parte da população acerca de identidade de gênero, bem como sobre o Movimento LGBTQIA+ e suas pautas.

4.2 Concepções sobre Identidade de Gênero

Para que a questão da homotransfobia e suas manifestações nos dias atuais seja melhor compreendida, é necessário que haja uma assimilação sobre alguns termos, como gênero, identidade de gênero e orientação sexual. Nesse sentido, a autora Jaqueline Gomes de Jesus (2012, p. 10) explica que gênero diz respeito à identificação como homem ou mulher; identidade de gênero, por sua vez, corresponde à forma como a pessoa se identifica, podendo não coincidir com o sexo biológico; e orientação sexual relaciona-se à atração afetiva-sexual por pessoas tanto do mesmo sexo, do sexo oposto ou de ambos concomitantemente.

Assim sendo, o autor Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2012, p. 86) ressalta acerca do significado do termo gênero, vejamos:

O termo gênero significa o conjunto de características atribuídas às pessoas por conta de seu sexo biológico. A partir da presunção de que determinadas atitudes e posturas seriam inerentes ao homem ou à mulher (essencialismo), criaram-se conceitos de masculinidade e feminilidade para designar as atitudes que se espera/exige de homens (masculinidade) e de mulheres (feminilidade) (...). Porém, “cabe lembrar que a literatura já demonstrou que os conceitos de masculinidade e feminilidade são relativos (construtivismo), variáveis conforme cada sociedade e dependentes dos valores a elas inerentes, restando refutado qualquer cientificidade de argumentos que diga

que determinadas atitudes éticas e/ou morais sejam inerentes ao sexo biológico.

Por sua vez, a estudiosa Judith Butler (2015, p. 15) destaca que o gênero é uma construção social e cultural, ao passo que o "sexo" mostrou-se insuficiente para determinar comportamentos masculinos e femininos. Desse modo, ressalta a autora que o gênero é assimilado, instituído, construído e figurado socialmente.

Em relação ao tema, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em um estudo realizado sobre a violência contra as pessoas "LGBTI" nas Américas, ocasião em que foram abordados diversos temas correlacionados ao assunto, como o impacto das leis que criminalizam as pessoas que praticam violência contra os membros do grupo LGBTI, enfatizou que (2015, p. 40):

Sistemas binários de sexo e gênero têm sido entendidos como modelos sociais dominantes na cultura ocidental que considera que o gênero e o sexo incluem somente duas categorias rígidas, quais sejam, os sistemas binários de masculino/homem e feminino/mulher, e excluem aquelas pessoas que não podem se identificar dentro destas duas categorias, como por exemplo, algumas pessoas trans ou algumas pessoas intersexo.

Assim sendo, o conceito histórico e sociológico de gênero ajuda a explicar as diferenças existentes entre os sexos e a hierarquização entre masculino e feminino, fato este reforçado por instituições sociais. Nesse contexto, Guacira Lopes Louro (2000, p. 59) pontua considerações sobre sexualidade e gênero:

Ainda que gênero e sexualidade se constituam em dimensões extremamente articuladas, parece necessário distingui-las aqui. Estudiosas e estudiosos feministas têm empregado o conceito de gênero para se referir ao caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo; assim sendo, as identidades de gênero remetem-nos às várias formas de viver a masculinidade ou a feminilidade. Por outro lado, o conceito de sexualidade é utilizado, nesse contexto, para se referir às formas como os sujeitos vivem seus prazeres e desejos sexuais; nesse sentido, as identidades sexuais estariam relacionadas aos diversos arranjos e parcerias que os sujeitos inventam e põem em prática para realizar seus jogos sexuais. No campo teórico dos estudos feministas, gênero e sexualidade são, ambos, constructos sociais, culturais e históricos. No entanto, essa não é uma formulação amplamente aceita, especialmente quando se trata da sexualidade. Nesse terreno, mais do que em qualquer outro, os argumentos da "natureza" parecem falar mais alto.

Percebe-se, portanto, que com o passar dos anos, existe uma forte tendência de superação do antigo conceito binário (masculino e feminino), passando a

identidade de gênero a ser tratada como questão personalíssima referente à cada indivíduo, conforme ressalta a autora Letícia Lanz (2016, p. 12):

Embora a autopercepção da identidade de gênero dependa do equipamento biológico de cada pessoa, feminilidade e masculinidade não podem ser consideradas como determinações biológicas porque não estão no indivíduo e sim na sociedade, uma vez que são atributos estabelecidos no código de conduta de gênero de cada cultura e época. Ou seja, é a sociedade quem decide o que significa ser homem e ser mulher (por exemplo: homem veste calça, é forte, bravo, ativo e racional; mulher veste saia, é meiga, dócil, passiva e emocional), agindo de maneira decisiva, através da educação (sugestão, condicionamento e repressão) para que os machos biológicos se identifiquem como homens, desenvolvendo os padrões de masculinidade desejados pela sociedade, assim como as fêmeas biológicas se identifiquem como mulheres, desenvolvendo os padrões de feminilidade.

No que diz respeito ao tema, em 26 de março de 2007 foram lançados os chamados Princípios de Yogyakarta, no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em Genebra. Os Princípios de Yogyakarta são considerados um tratado global que aborda a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Nesse sentido, os Princípios de Yogyakarta enfatizam a relação direta da humanidade e dignidade com a identidade de gênero e orientação sexual de cada indivíduo, não podendo haver qualquer tipo de discriminação ou abuso nesse sentido, constando no referido documento (2007, p. 05):

1) Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas. 2) Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

Nesse viés, a partir do estudo dos conceitos, peculiaridades, características e identificações, infere-se que gênero, identidade de gênero e orientação sexual possuem significados distintos e devem ser tratados de forma individualizada, vez que não tratam-se de sinônimos. Desse modo, a manifestação de expressões e identidade de gênero faz com que diversos direitos fundamentais inerentes à pessoa, como o livre desenvolvimento da personalidade, sejam efetivados e resguardados.

4.3 A Importância do Movimento LGBTQIA+

O primeiro movimento que fortaleceu os estudos sobre homossexuais ocorreu nos Estados Unidos, em 1969, e ficou conhecido como Rebelião de Stonewall, nome de um bar gay em Nova York, onde todos os frequentadores se uniram na luta pela intolerância, movimento este que posteriormente espalhou-se por todas as partes do mundo, influenciando e inspirando as mais diversas culturas.

No âmbito nacional, em 1995 é criada a primeira organização para a defesa dos direitos dos indivíduos pertencentes ao grupo, sendo a ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Com o decorrer dos anos, a fim de que fosse acompanhada as mudanças vivenciadas na sociedade, a sigla originária LG (lésbicas e gays) ganhou o "B", referente a bissexuais, no XII Encontro Brasileiro de Gays, Lésbicas e Transgêneros, em 2005.

No mesmo evento, ficou decidido que a letra "T" estaria referindo-se à todos os transgêneros, transexuais e travestis da comunidade, sendo a sigla LGBT oficialmente adotada por muitos anos. No entanto, houve a necessidade da inclusão de novas letras, como o "Q", representando *queer*, "I", que quer dizer intersex, "A" de assexuados e agêneros, e o sinal de "+", que significa a inclusão e abrangência de todas as demais formas de homossexualidades existentes.

Em relação ao tema, a autora Clara Moura Masiero (2014, p. 70) enfatiza sobre o protagonismo e a importância do movimento LGBTQIA+ na luta contra a homofobia no país, entendendo-se por luta social:

O processo prático no qual experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro, de forma que elas podem influir, como motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento. Assim, “entre as finalidades impessoais de um movimento social e as experiências privadas que seus membros têm de lesão, deve haver uma ponte semântica, que pelo menos seja tão resistente que permita a constituição de uma identidade coletiva”.

Portanto, o movimento LGBTQIA+ ao longo de sua história sempre foi responsável por reivindicar conhecimento, identidade, liberdade, respeito e não discriminação no tratamento à seus membros, bem como a efetivação de inúmeros direitos fundamentais relacionados sumariamente à igualdade e dignidade.

Assim sendo, as organizações possuem mais força e voz do que as pessoas individualmente consideradas ao tentarem postular seus direitos, deixando os

interesses em discussão a esfera privada e passando a pertencer a toda uma comunidade/coletividade, conforme bem ressalta Luís Alberto Restrepo (1990, p. 82):

Na medida em que esses atores sociais – agremiações ou movimentos – tenham uma identidade mais definida, ao mesmo tempo prática e intelectual, isto é, formas de organização mais fortes, uma consciência mais clara de seus interesses, costumes e valores compartilhados, uma maior autonomia em relação a outras instâncias de poder, um reconhecimento mais claro dos conflitos com que se defrontam, consolida-se o sistema de ação social ou sociedade civil, e podem assim se apresentar propostas e demandas definidas ao Estado através de partidos pluriclassistas.

Nesse espeque, a principal importância do movimento LGBTQIA+ gravita na órbita de maior visibilidade, com a conseqüente redução das vulnerabilidades sociais e individuais, além de conferir efetividade a um sujeito político capaz de representar os interesses do grupo, segundo ressalta Gabrielle dos Anjos (2002, p. 227):

Uma das principais razões de ser da organização é funcionar como um representante dos homossexuais perante os poderes públicos, denunciando casos isolados de discriminação contra homossexuais. As “tecnologias sociais” utilizadas para isso vão desde a manifestação pública ao protesto por escrito junto à órgãos públicos julgados competentes, o que leva a pensar na “estrutura de oportunidades políticas” – a existência de canais para denúncia como o Conselho Municipal de Discriminação e Cidadania e a Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa.

Isso posto, as principais pautas levantadas pelo movimento LGBTQIA+ são a consagração prática da laicidade do Estado, tendo em vista as acusações e repressões causadas por parte das entidades religiosas, combate à contaminação pelo HIV, projetos de leis voltados às demandas da comunidade e erradicação dos altos índices de violência e mortes contra homossexuais, com a respectiva punição pelo poder público dos culpados.

5 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após a análise sobre a origem histórica e desenvolvimento dos conceitos de homofobia e transfobia, bem como levando-se em conta os dados e danos causados pelas condutas e discriminações homofóbicas e transfóbicas no país, passa-se nesse momento ao estudo dos pontos principais do cerne do trabalho de conclusão de curso.

Assim sendo, os objetivos e pedidos apresentados tanto pelo mandado de injunção 4733 como pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 serão apurados, da mesma forma como os ditames trazidos pela Lei nº 7.716/89, que dispõe sobre os crimes de preconceito ou discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Importante também se faz asseverar sobre o conceito do termo “racismo” e sua evolução histórica, bem como as condutas que são abarcadas pela denominação, a fim de se compreender a equiparação do crime de homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal, de forma provisória, ao crime de racismo, ante a declaração de mora inconstitucional do Congresso Nacional.

Para tanto, serão analisados o julgamento e os votos de cada um dos ministros do órgão de cúpula do poder judiciário do país, para que, ao final, possa deduzir sobre a possibilidade jurídica-legal ou não do posicionamento adotado, verificando se o Supremo Tribunal Federal exacerbou os limites de sua competência, infringindo direitos fundamentais, ou apenas agiu proativamente para garantir a supremacia e real efetividade dos ditames da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

5.1 Mandado de Injunção 4733

Em sede de controle difuso de constitucionalidade, o remédio constitucional responsável por sanar a inconstitucionalidade por omissão é o mandado de injunção. Desse modo, quando algum dispositivo não encontra-se integralmente regulamentado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é preciso que haja legislação infraconstitucional regulamentadora para que produzam seus efeitos de maneira plena.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, em seu artigo 5º, inciso LXXI que: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Nesse sentido, no âmbito do ordenamento jurídico nacional, o mandado de injunção, tanto individual como coletivo, é disciplinado pela Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, que regulamenta seu julgamento e processamento.

O mandado de injunção 4733 foi impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) em 10 de maio de 2012. Dessa forma, tem-se que sua legalidade encontra respaldo nos dizeres do artigo 12 da Lei nº 13.300/16, dispondo que o mandado de injunção coletivo pode ser promovido, dentre outros:

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Em suma, o objetivo principal que se pretendia alcançar com a impetração do remédio constitucional era a criminalização específica das formas existentes de homofobia e transfobia. Assim sendo, no que diz respeito à temática, os autores Clèmerson Melin Cléve, Ingo Wolfgang Sarlet, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Lenio Luiz Strack e Flávio Pansieri (2014, p. 10) ressaltaram a finalidade pretendida através da impetração do mandado de injunção 4733:

Obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade.

Os pedidos apresentados pelo remédio constitucional impetrado foram para que fosse declarada a mora legislativa e que a mesma fosse superada através de decisão do Supremo Tribunal Federal, além da indenização a ser arcada por parte do Estado tendo em vista sua conduta morosa em relação ao tema.

Ademais, também requereu o mandado de injunção 4733 que as condutas de homotransfobia fossem equiparadas ou enquadradas no conceito ontológico-constitucional de racismo, previsto no artigo 5º, inciso XLII⁸ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou, de forma subsidiária, que fosse reconhecido como discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, nos termos do artigo 5º, inciso XLI⁹ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ocorre que, pouco mais de um ano depois da impetração do mandado de injunção 4733, foi ajuizada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26, com temáticas e objetivos basicamente idênticos, tanto que, mais tarde, no ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento conjunto do MI 4733 e da ADO 26, que será analisada a seguir.

5.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26

Importante ressaltar, inicialmente, que se faz necessário realizar um breve estudo em relação ao que consiste a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para, em seguida, ser feita uma análise aprofundada acerca da ADO 26. Desse modo, a inconstitucionalidade no âmbito do direito brasileiro pode se dar tanto por ação como por omissão.

Assim sendo, a inconstitucionalidade por omissão é aquela que acontece em decorrência da falta de norma regulamentadora de disposição constitucional que possui eficácia limitada. Desse modo, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o mecanismo apto a ser utilizado em tais casos.

Nesse diapasão, o doutrinador José Afonso da Silva (2005, p. 46) ressalta que ocorre a inconstitucionalidade por omissão nos seguintes casos:

Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática.

⁸ XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

⁹ XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê a ação direta de inconstitucionalidade por omissão em seu artigo 103, §2º¹⁰. No entanto, tal instituto ganhou ainda mais destaque e especificidade no ano de 2009, ocasião em que a Lei nº 12.063 acrescentou o Capítulo II-A à Lei nº 9.868/99, que estabeleceu disposições sobre o julgamento e processamento da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Desse modo, a partir do acréscimo legislativo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão também passou a ser processualmente disciplinada.

Nesse sentido, tem-se que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a falta de lei/ato normativo apto à regulamentar dispositivo constitucional de eficácia limitada, sendo a competência de seu julgamento a cargo do Supremo Tribunal Federal, que realiza uma espécie de fiscalização a fim de sanar omissões na edição de instrumentos legais dos demais poderes.

Em relação ao tema, o ministro José Celso de Mello Filho destacou no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 1484, do Distrito Federal, sobre a inércia dos poderes públicos em legislar quando determinado:

O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório – infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à convivência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Ao final do julgamento, caso seja reconhecida de fato que existe uma inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal deve expedir ofício ao órgão legislativo ou administrativo competente pela edição do ato que não foi editado, possuindo assim efeitos mandamentais. A ação direta de inconstitucionalidade por

¹⁰ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

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

omissão, portanto, busca conferir efetividade às normas constitucionais que não possuem aplicabilidade imediata.

Isso posto, passa-se à análise da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26. A referente ação foi proposta pelo Partido Popular Socialista, atual Partido da Cidadania, em 23 de dezembro de 2013, com o objetivo principal de que fossem criminalizadas as condutas de homofobia e transfobia, em especial as que se dão por meio de discriminações, agressões, homicídios e ofensas, ou seja, possuindo praticamente os mesmos objetivos já levantados no mandado de injunção 4733.

Assim sendo, as razões estão relacionadas à falta de proteção legal específica conferida à comunidade LGBTQIA+ em relação aos crimes praticados em virtude de orientação sexual e preconceitos contra a identidade de gênero. Quando do ajuizamento do remédio constitucional, foi requerido pelo proponente que houvesse a declaração de omissão do Congresso Nacional por não ter votado projeto que criminaliza ações homotransfóbicas.

Nesse sentido, os pedidos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26 eram: a declaração da mora inconstitucional por parte do Congresso Nacional, tendo em vista a ausência de prestação legislativa em relação ao mandado de criminalização do artigo 5º, incisos XLI e XLII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a fim de que haja uma proteção penal da comunidade LGBTQIA+.

Ademais, também foi requerido que houvesse o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva por parte dos poderes públicos, a fim de que a União fosse condenada a indenizar todos os indivíduos que de alguma forma foram prejudicados pelo comportamento omissivo por parte do Estado.

5.3 Lei nº 7.716/89 e o Crime de Racismo

No ordenamento jurídico brasileiro, o crime de racismo é disciplinado pela Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, responsável por definir os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Desse modo, já em seu artigo primeiro, referida lei dispõe que serão punidos, nos moldes da Lei nº 7.716/89, os crimes resultantes de preconceito ou discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Em âmbito constitucional, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada exatamente quando a Lei Áurea, responsável pela extinção da escravidão no país, completava 100 anos, estabelece que o repúdio ao terrorismo e

ao racismo são considerados princípios que regem a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais, conforme artigo 4º, inciso VIII¹¹.

A seu turno, também o inciso XLII do artigo 5º do texto constitucional dispõe que: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei", ou seja, nos termos da Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989.

Assim sendo, os conceitos de racismo e sociedade democrática de direito são diametralmente opostos, conforme ensina o professor Sílvio Almeida, presidente do Instituto Luiz Gama, ONG que atua em prol da igualdade racial, em entrevista ao Senado Federal em 22/06/2020:

Não é possível haver democracia numa sociedade racista. A sociedade racista é sistemicamente autoritária, porque precisa se utilizar da força para rejeitar as reivindicações justas da maioria e atender à minoria. Manter a desigualdade, a pobreza e a baixa representatividade política exige violência sistêmica, que depois acabará sendo aproveitada também contra os brancos. Além disso, se a maioria da sociedade é pobre, violentada e humilhada o tempo todo, essa sociedade não pode ser saudável. É um lugar péssimo para qualquer pessoa viver, inclusive os brancos. O engajamento na luta antirracista significa compromisso com a democracia, o bom desenvolvimento econômico e a humanidade.

Nesse sentido, o constituinte de 1988 demonstrou clara preocupação ao prever supracitados artigos no texto constitucional, a fim de que sejam garantidos direitos fundamentais à todos em sua plenitude, sendo resguardadas as liberdades e direitos individuais e coletivos sem quaisquer tipos de distinções, inclusive, conferindo gravidade ao crime de racismo ao prever, além da pena de reclusão, também a inafiançabilidade e imprescritibilidade ao referido crime.

Desse modo, a Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, estabeleceu que o crime de racismo ocorre tendo em vista preconceitos de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. No que diz respeito à definição de "raça", colhe-se dos ensinamentos do autor Hédio Silva Jr. (2002, p. 58) que:

Raça, uma categoria da biologia, designa um conjunto de aspectos bio-fisiológicos cambiantes, que diferenciam elementos da mesma espécie. Por exemplo, na espécie dos felinos ou dos caninos, temos as raças de gatos ou cães com aspectos bio-fisiologicamente variáveis, porém, isolados nas suas raças e reciprocamente hostis em ambientes comuns.

¹¹ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo.

Por sua vez, no que tange ao termo “cor”, o doutrinador Fabiano Augusto Martins Silveira (2007, p. 88) tece as seguintes considerações:

A partícula cor exerce, do ponto de vista legal, como elemento normativo dos crimes de racismo, a mesma função da raça, isto é, particularizar aqueles agrupamentos humanos corados pelo preconceito e discriminação (as pessoas de cor), ligando-se aos referidos conectores. Há, entre raça e cor, uma relação de especialidade, um plus, revelando que o legislador preferiu a abundância à escassez. O máximo que se pode afirmar é que a expressão “preconceito de cor” é utilizada, no senso comum, mais especificamente, para designar o preconceito dirigido à população afro-descendente, ou seja, como elemento caracterizador de uma manifestação particular do racismo, ainda que a expressão “preconceito de raça” seja potencialmente mais abrangente.

Assim sendo, sociologicamente, o termo racismo é entendido como ódio e/ou intolerância, sem motivação, contra determinados grupos étnicos, em virtude da raça dos indivíduos que são vítimas de tal conduta. Desse modo, os autores Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer (1995, p. 329) ressaltam que tal preconceito reflete “uma ideia estática, abstrata, pré-concebida, traduzindo opinião carregada de intolerância, alicerçada em pontos vedados na legislação repressiva”.

Diante disso, observa-se que o conceito de racismo está relacionado à tentativa e discurso de suposta superioridade de uma raça em detrimento à outras, através da inferiorização e até mesmo marginalização de determinadas pessoas em virtude de suas raças.

Nesse diapasão, tanto o mandado de injunção 4733 como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 demandam que haja a imposição ao poder legislativo de que as condutas homotransfóbicas sejam tipificadas penalmente como espécies do crime de racismo, ante a omissão do Congresso Nacional sobre a regulamentação de matérias referentes ao assunto.

Isso posto, o Partido Popular Socialista, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26, ressalta sobre o conceito de racismo que:

Racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro e a homofobia e a transfobia – espécies de racismo - implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras (que se identificam com o próprio gênero).

Assim sendo, a Lei nº 7.716/89 prevê treze crimes, com as respectivas sanções aplicáveis, sendo o mais usualmente visualizado na prática o previsto no artigo 20,

que dispõe: "praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa".

Ocorre que, a redação da Lei nº 7.716/89 não estabeleceu de forma expressa que serão punidos pelo referido diploma legal os preconceitos ou discriminações resultantes de identidade de gênero ou orientação sexual, apenas fazendo menção expressa aos crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

No entanto, tendo em vista o desenvolvimento social e a mutação histórica do que pode ser compreendido pelo termo "racismo", a fim de que possa abarcar todas as possíveis formas de sua manifestação nos dias atuais, o Partido Popular Socialista argumenta na peça inicial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 que:

[...] considerado o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente, tem-se que é necessária a criminalização específica das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima porque o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBT tem tornado faticamente inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas LGBT em razão do alto grau de violência e discriminação contra elas perpetradas na atualidade, donde inviabilizado, inclusive, o direito fundamental à segurança desta população. Entende que todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor aplicado atualmente pela Lei de Racismo, sob pena de hierarquização de opressões, decorrente da punição mais severa de determinada opressão relativamente a outra. Esclarece que tal superação da exigência de legalidade estrita parlamentar para que o STF efetive a criminalização específica da homofobia e da transfobia é juridicamente possível pela ausência de proibição normativa a tanto e, ainda, se faz necessária no atual contexto brasileiro na medida em que nosso Parlamento lamentavelmente nega a supremacia constitucional ao se recusarem a elaborar referida legislação criminal.

Dessa maneira, dentre os argumentos levantados pelo proponente, estão que a falta de norma criminalizadora para os crimes de homofobia e transfobia faz com que diversos direitos fundamentais sejam inviabilizados à população LGBTQIA+, como o direito à segurança dos membros dessa comunidade.

Assim, é necessário que tais condutas sejam punidas com o mesmo rigor estabelecido pelas disposições e reprimendas da Lei Antirracismo, a fim de que não haja opressões mais pesadas que outras. Destacou-se ainda, inclusive, que a supremacia constitucional é diretamente afetada no momento em que o Parlamento não elabora legislação criminal referente ao tema.

Ademais, a Procuradoria-Geral da República, no procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26, exarou parecer no sentido de que é necessário que seja feita interpretação conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para que as ações discriminatórias praticadas contra a comunidade LGBTQIA+ e seus membros sejam tipificadas conforme a Lei nº 7.716/89:

Nesse contexto, razões de equivalência constitucional, ancoradas no princípio da igualdade, impõem criminalização da discriminação e do preconceito contra cidadãos e cidadãs lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, pois a repressão penal da discriminação e do preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional já é prevista pela legislação criminal brasileira (Lei 7.716/1989) e não há justificativa para tratamento jurídico diverso, sob pena de intolerável hierarquização de opressões. [...] As normas criminais existentes, que punem de forma genérica homicídio, lesões corporais e injúria, são notoriamente insuficientes para prevenir e reprimir atos de homofobia e transfobia, os quais se qualificam pelo desprezo oriundo de preconceito. Segundo afirma a petição inicial, “crimes de ódio são socialmente mais graves do que crimes praticados sem motivação de ódio contra as vítimas por conta do alto grau de intolerância”. Por outro lado, a Constituição (art. 5º, XLI e XLII) e a legislação criminal brasileira (na Lei 7.716/1989) reconhecem explicitamente que preconceito e discriminação são fatores de justificação para resposta penal específica.

Contudo, apenas a título subsidiário, a Procuradoria-Geral da República requereu que fosse fixado prazo para que o poder legislativo pudesse tomar as providências cabíveis hábeis à sanar a omissão legislativa referente ao tema, sendo que não afasta a mora do Congresso Nacional eventual existência de projetos de lei em curso sobre o assunto.

5.4 Equiparação da Homofobia e Transfobia ao Crime de Racismo

O Supremo Tribunal Federal realizou, de forma conjunta, o julgamento do mandado de injunção 4733 (relatoria do ministro Edson Fachin) e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 (relatoria do ministro Celso de Mello), entre os meses de fevereiro e junho do ano de 2019, tendo em vista que apenas os autores das ações e os instrumentos processuais utilizados eram diferentes, sendo os pedidos formulados muito parecidos.

Desse modo, o remédio constitucional do mandado de injunção 4733 foi proposto pela Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais no ano de 2012, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 foi ajuizada pelo Partido Popular Socialista – PPS em 2013.

Em suma, o mandado de injunção 4733 possuía como objetivo principal acabar com as lacunas legislativas em relação à criminalização de ações homofóbicas e transfóbicas no país. Nos pedidos, exigia-se a declaração da mora legislativa e a consequente disciplinação da matéria pelo órgão de cúpula do poder judiciário, além de indenização a ser paga pelo Estado, tendo em vista a mora por ele ocasionada.

Importante asseverar, contudo, que inicialmente o mandado de injunção referido não foi conhecido pelo primeiro relator da ação, ministro Ricardo Lewandowski. No entanto, questionado por meio do agravo de instrumento, o ministro Edson Fachin foi escolhido como novo relator da demanda, após a procedência do agravo.

A seu turno, com os mesmos objetivos do mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 contou com diversos *amicus curiae*¹² como: o Grupo de Advogados Pela Diversidade Sexual – GADVS, o Grupo Gay da Bahia – GGB, a Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE, a Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT, o Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Frente Parlamentar "Mista" da Família e Apoio à Vida, o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado – PSTU, a Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM, a Defensoria Pública do Distrito Federal, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA e o Conselho Federal de Psicologia.

Nesse viés, com o intuito de melhor elucidação do tema objeto de estudo, passa-se à análise pormenorizada dos votos e argumentos apresentados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ações, em especial no que diz respeito à declaração da mora inconstitucional, solução judicial final ao tema, aspectos da liberdade sexual, religiosa e a postura que deve ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal em casos análogos ao suscitado.

Voto do ministro Edson Fachin: relator do mandado de injunção 4733, o ministro Edson Fachin ressaltou em seu voto acerca dos ditames do artigo 5º, inciso XLI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou seja, devendo ser punidos os atos e discriminações que atentem contra as liberdades dos indivíduos.

Ademais, ressaltou que projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional não obstem a mora do legislativo, pelo contrário, sendo ainda mais grave em virtude

¹² *Amicus curiae* ou amigo da corte ou também amigo do tribunal é uma expressão em Latim utilizada para designar uma instituição que tem por finalidade fornecer subsídios às decisões dos tribunais, oferecendo-lhes melhor base para questões relevantes e de grande impacto.

das questões recorrentes referentes às violações de direitos da comunidade LGBTQIA+ no país. Assim sendo, no mérito, afirmou o direito à expressão da identidade de gênero e orientação sexual sem discriminações e crimes, que afetam a dignidade dos seres humanos.

Em relação à aplicabilidade do mandado de injunção em virtude da mora legislativa, o ministro explica a possibilidade de cabimento do remédio em tais casos:

Em casos tais, a Constituição Federal assegura aos cidadãos o controle da omissão legislativa, legitimando os que tenham por inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais à impetração de mandado de injunção. Noutras palavras, há um mandado constitucional de criminalização e há mora legislativa em regulamentar o tema. O mandado de injunção é, pois, a garantia para a efetividade do direito protegido pelo mandado de criminalização. (STF, 2019, p. 20).

Nesse sentido, tendo sido evidenciada a mora do poder legislativo, o ministro Edson Fachin ressalta que: “ante a mora do Congresso Nacional, comporta, até que seja suprida, colmatação por este Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação conforme da legislação de combate à discriminação.” (STF, 2019, p. 09).

Dessa maneira, salienta que não se pode tolerar que existam formas de violência contra homossexuais e transexuais, com fundamento no princípio da igualdade, mencionando em seu voto que:

Nada na Constituição autoriza a tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. Toda pessoa tem o direito de viver em uma sociedade sem preconceitos. Toda pessoa deve ser protegida contra qualquer ato que atinja sua dignidade. [...] A sexualidade constitui dimensão inerente à dignidade da pessoa humana. Como já se registrou nesta manifestação, esta Corte, quando do julgamento da ADI 4.275, reconheceu que o direito à igualdade sem discriminação abrange a identidade ou expressão de gênero. Afirmou-se, ainda, que a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la [...] Dessa forma, ainda que envolva matéria penal, não é possível alegar que a injunção deveria limitar-se ao mero reconhecimento da mora. (STF, 2019, p. 25).

Assim sendo, o entendimento do ministro foi pela procedência dos pedidos, reconhecendo a mora inconstitucional do Congresso Nacional, aplicando-se efeitos prospectivos ao caso, até que haja legislação a respeito, estendendo a tipificação existente para os crimes de preconceito ou discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, previstos na Lei nº 7.716/89, aos crimes cometidos em virtude da discriminação de identidade de gênero ou orientação sexual.

Voto do ministro Celso de Mello: por sua vez, o ministro Celso de Mello, relator da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26, em um voto de 155 páginas, entendeu que são direitos fundamentais dos indivíduos e expressões do pleno desenvolvimento da personalidade a autodeterminação da orientação sexual e identidade de gênero.

Desse modo, o ministro fez uma análise histórica sobre as condições que os integrantes do grupo LGBTQIA+ foram submetidos ao decorrer da história, comparando ao cenário apresentado nos dias atuais. Também reconheceu o ministro a mora do Congresso Nacional, vez que existe dever estatal de elaboração de disposições que punam formas de discriminação às liberdades e direitos fundamentais, ressaltando que:

O Supremo Tribunal Federal, 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. Não constitui demasia destacar a importância do Poder Judiciário na estrutura institucional em que se organiza o aparelho de Estado, pois os magistrados e Tribunais, notadamente este Supremo Tribunal Federal, exercem papel que se reveste de significativo relevo político-jurídico nas formações sociais que integram, eis que não há, na história das sociedades políticas, o registro de um povo que, despojado de um Judiciário independente, tenha conseguido, mesmo assim, preservar os seus direitos e conservar a sua própria liberdade. (STF, 2019, p. 151).

Em sua decisão, também ressaltou o ministro sobre a possibilidade da interpretação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 conforme a Lei Antirracismo, visto que dois fatores fundamentais correlacionam a prática da homofobia ao crime de racismo: a finalidade de discriminar e a motivação preconceituosa. Destacou também que o termo "raça" possui diversas formas de interpretação, devendo ser interpretado em sentido amplo:

Já se viu, a partir do importante precedente firmado no julgamento plenário do HC 82.424/RS, que o conceito de racismo – que envolve clara manifestação de poder – permite identificá-lo como instrumento de controle ideológico, de dominação política, de subjugação social e de negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por não integrarem o grupo social dominante nem pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados “outsiders” e degradados, por isso mesmo, à condição de verdadeiros marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa e injusta inferiorização, a uma perversa e profundamente lesiva situação de exclusão do sistema de proteção do Direito. Daí a constatação de que o preconceito e

a discriminação resultantes da aversão aos homossexuais e aos demais integrantes do grupo LGBT (típicos componentes de um grupo vulnerável) constituem a própria manifestação – cruel, ofensiva e intolerante – do racismo, por representarem a expressão de sua outra face: o racismo social. (STF, 2019, p. 95).

Nesse espeque, o ministro Celso de Mello destacou ainda a importância do Supremo Tribunal Federal como guardião da ordem constitucional, responsável pela efetiva proteção às minorias, não havendo o que se falar em indevida interferência na esfera orgânica dos demais poderes, mas sim na prática da jurisdição constitucional.

Assim sendo, o ministro julgou procedentes os pedidos, reconhecendo a mora do Congresso Nacional na elaboração de leis sobre a população LGBTQIA+ conforme expressa previsão constitucional, enquadrando a homotransfobia nos tipos penais da Lei nº 7.716/89 até legislação autônoma que trate sobre a matéria.

Voto do ministro Alexandre de Moraes: de acordo com o ministro, a fim de que seja configurada a omissão inconstitucional de que trata o artigo 103, §2º¹³ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é preciso que haja normas constitucionais de caráter impositivo e eficácia limitada, podendo tal omissão ser absoluta ou relativa, devendo existir também relação de conflito entre a norma constitucional e a atuação dos poderes públicos, conforme relata:

A incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela constituição e a conduta negativa do Poder Público omissor configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão. Note-se que esta omissão poderá ser absoluta (total) ou relativa (parcial), como afirma Gilmar Mendes, pois “a total ausência de normas, como também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar”. (STF, 2019, p. 09).

No decorrer de seu voto, o ministro Alexandre de Moraes explica o dever de proteção do Estado em relação às pessoas LGBTQIA+ e as dificuldades que o grupo enfrenta, havendo a obrigatoriedade de edição de norma penal regulamentadora sobre o assunto, tendo em vista a insuficiência protetiva do ordenamento jurídico brasileiro quanto à questão levantada no julgamento.

¹³ §2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Nesse viés, entende ser cabível a interpretação conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 da Lei Antirracismo, a fim de que haja proteção eficiente da comunidade LGBTQIA+:

Os dispositivos penais da Lei 7.716/1989 devem ser interpretados em consonância com os fundamentos da República – em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) –, seus objetivos fundamentais – entre eles, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, I e IV) –, o princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput e inciso I) e a aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º). A análise desses dispositivos demonstra não haver qualquer diferenciação valorativa constitucional entre a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e a discriminação ou preconceito em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero. O mandamento constitucional veda quaisquer formas de discriminação e determina a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, com a finalidade de proteção de grupos minoritários vulneráveis contra atos de segregação que inferiorizam seus membros, a partir de critérios “arbitrários e levianos”, componentes de um “discurso racializante superficial”. (STF, 2019, p. 42).

A questão da liberdade religiosa também é tratada pelo ministro em seu voto, entendendo que a diversidade de opinião e tolerância devem ser interpretadas a partir de uma relação de complementaridade e interdependência entre liberdade de culto, de crença e estado laico.

Assim sendo, acompanhou o relator no sentido de que seja declarada a inconstitucionalidade por omissão do Congresso Nacional ante a não edição de lei incriminatória de atos homotransfóbicos, violando dispositivos constitucionais, devendo ser aplicados os dizeres da Lei nº 7.716/89 até edição de norma específica pelo Congresso Nacional.

Enfatizou também que é cabível ao Supremo Tribunal Federal a interpretação hermenêutica de dispositivos infraconstitucionais, a fim de que os mandamentos se adequem ao texto constitucional, técnica denominada de "interpretação conforme a Constituição".

Voto do ministro Luís Roberto Barroso: a princípio, em seu voto, o ministro trouxe uma abordagem histórica-evolutiva do tratamento conferido à homotransfobia no país e em outros países que conferem proteção à tal grupo, ressaltando sobre a vulnerabilidade da comunidade LGBTQIA+, que encontra-se sujeita à diversas formas de preconceito. Nesse sentido, ressalta que: “não escapará a ninguém que tenha olhos de ver e coração de sentir que a comunidade LGBTI+ constitui um grupo

vulnerável, vítima de preconceito, discriminação e violências ao longo da história da humanidade.” (STF, 2019, p. 14).

Dessa maneira, ressalta em seu voto que ao poder judiciário compete a criação primária das leis, como sua função típica. Contudo, nas situações em que existe um mandamento constitucional para atuação, caso o Congresso Nacional fique omissivo, o papel do Tribunal se amplia, a fim de que os ditames constitucionais consigam ter eficácia prática. Ademais, o ministro explica os três papéis que podem ser adotados pelo Supremo Tribunal Federal, quais sejam, o contramajoritário, o representativo e o iluminista, vejamos:

(i) **Contramajoritário:** é o papel que a Corte exerce quando declara uma lei inconstitucional. É chamado contramajoritário porque um órgão cujos membros não são eleitos pode, em nome da Constituição, invalidar um ato legislativo votado pelo Congresso que, supostamente, representa a vontade da maioria. Ex.: no julgamento da ADI 4.815, o STF considerou inconstitucional dispositivo do Código Civil que exigia autorização prévia para a publicação de biografias.

(ii) **Representativo:** é o papel que a Corte exerce quando atende demandas da sociedade que têm amparo na Constituição e que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo processo político majoritário. Por vezes, circunstâncias diversas ou interesses especiais impedem que o Legislativo atue na linha aspirada pela sociedade. Exemplos: o enunciado da Súmula Vinculante no 13, que proibiu o nepotismo, e o julgamento da ADI 4.650, em que se declarou inconstitucional o financiamento de campanhas eleitorais por empresas.

(iii) **Iluminista:** é o papel que a Corte exerce para promover avanços civilizatórios que não podem depender da vontade da maioria. Este é um papel delicado, que só deve ser exercido com grande parcimônia. Exemplos: nos Estados Unidos, o caso *Brown vs. Board of Education*, que declarou inconstitucional a política de segregação racial em escolas públicas; no Brasil, o julgamento da ADI 4.277, que reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendeu-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas. (STF, 2019, p. 24).

Argumentou em seu voto, ainda, que a liberdade religiosa não é ferida com a criminalização de tais práticas, sendo vedado o princípio da proteção deficiente em virtude da proporcionalidade, ao passo que outros grupos minoritários já possuem legislação específica, e existe elevada violência física e psicológica contra a minoria em questão, que necessita de amparo jurídico-legal.

Estabelece também que a prática de crimes contra a comunidade LGBTQIA+ impulsionados pela homotransfobia devem ser considerados de motivo fútil ou torpe, nos moldes dos artigos 61, inciso II, alínea "a" e 121, §2º, incisos I e II do Código Penal Brasileiro, no entanto, destacando a necessidade de punição específica para os casos, não suprindo tais artigos mencionados a mora inconstitucional:

Nessa interpretação, contudo, entendo que a ordem constitucional limita a margem de discricionariedade do intérprete, e impõe que se considere presente o motivo fútil ou torpe toda vez que a prática de crime tenha sido movida pela intolerância ou preconceito com a orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima. Trata-se de hipótese que integra a zona de certeza positiva de incidência desse conceito jurídico indeterminado. Significa dizer que sempre que o crime tenha por motivação a homofobia ou a transfobia – isto é, uma vez comprovado que a conduta criminosa tenha sido cometida por causa da orientação sexual ou identidade de gênero da vítima – o aplicador do Direito deverá considerar que o crime foi praticado por motivo fútil ou torpe, seja para agravar a pena ou para caracterizar o crime de homicídio qualificado. (STF, 2019, p. 30).

Ao fim, o ministro reconheceu a procedência parcial dos pedidos elaborados, concluindo pela omissão inconstitucional do Congresso Nacional, votando também pela aplicação das disposições constantes na Lei nº 7.716/89 para a punição de atos atentatórios à identidade de gênero e orientação sexual.

Voto da ministra Rosa Weber: a seu turno, a ministra Rosa Weber destacou em seu voto sobre a transfobia e homofobia que ainda marcam a sociedade nos dias atuais. Também ressaltou que é necessária a real efetividade de ações e instrumentos que visam corrigir e neutralizar os desequilíbrios sociais.

Dessa forma, sobre a matéria, destacou em seu julgamento que:

O pedido tem lastro no artigo 5º da Constituição, segundo o qual a lei punirá qualquer discriminação atentatório a direitos fundamentais. Entendo que o direito à própria individualidade, identidades sexual e de gênero, é um dos elementos constitutivos da pessoa humana. O descumprimento de tal comando pelo Legislativo, não obstante transcorridas três décadas desde promulgação da lei fundamental, abre via da ação por omissão, previsto na Constituição e que visa suprir vazio legislativo. No caso, a mora do poder legislativo em cumprir determinação imposta pelo artigo 5º está devidamente demonstrada. (STF, 2019, p. 48).

Destacou a ministra que o princípio da igualdade, para ser concretizado, demanda ações afirmativas, não excluindo o tratamento diferenciado em relação às pessoas pertencentes aos grupos vulneráveis, sendo que a autodeterminação sexual decorre do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, concluiu que ao poder judiciário compete interpretar a legislação com base na supremacia da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo em vista que ocorreu omissão por parte do legislativo na proteção às pessoas LGBTQIA+. Contudo, até que seja editada lei específica incriminando tais condutas, deve ser aplicada a Lei nº 7.716/89, conforme os parâmetros do voto do relator.

Voto do ministro Luiz Fux: segundo o posicionamento do ministro, é incontroversa a inércia por parte do poder legislativo. Dessa forma, é imperativo o posicionamento do poder judiciário até que o legislador exerça seu dever constitucional e edite normas que regulamentem os direitos das minorias que enfrentam enorme preconceito e discriminação.

No entanto, o ministro deixa claro que, na decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 e no mandado de injunção 4733, o Supremo Tribunal Federal não está criando uma norma penal, mas apenas interpretando lei de natureza infraconstitucional nos parâmetros constitucionais.

Nesse sentido, segundo o jurista: “racismo é um delito cometido contra um ser de carne e osso, seja ele integrante da comunidade LGBT, judeu ou afrodescendente. Tudo isso é racismo.” (STF, 2019, p. 84). Salientou também que acolher o pedido da comunidade LGBTQIA+ é cumprir os ditames da equidade, sendo que a finalidade do Supremo Tribunal Federal é que sejam extirpados preconceitos e que a sociedade torne-se mais justa, acompanhando o voto dos relatores.

Voto da ministra Cármen Lúcia: acompanhando o voto do relator da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 (ministro Celso de Mello), Cármen Lúcia votou no sentido de que deve ser aplicada a Lei nº 7.716/89 nos casos de ações discriminatórias contra identidade de gênero e orientação sexual.

Nesse viés, destacou as diferenças existentes entre as pessoas, que desencadeiam o preconceito: “numa sociedade discriminatória como a que vivemos, a mulher é o diferente, o negro é o diferente, o homossexual é o diferente, o transexual é diferente.” (STF, 2019, p. 65).

A ministra ainda asseverou que a dignidade humana e a humanidade devem ser resguardadas, de forma a serem coibidos todos os atos atentatórios aos direitos fundamentais, votando no sentido de que as situações homofóbicas e transfóbicas encaixam-se, somente até o Congresso Nacional legislar sobre a matéria, nos dizeres da Lei nº 7.716/89.

Voto do ministro Gilmar Mendes: asseverou em seu voto o ministro sobre a relevância da omissão impugnada, enfatizando que a inércia do legislativo contribui para maior subjugação da comunidade LGBTQIA+ pela sociedade atual. Dessa forma, ressaltou que a identidade de gênero e orientação sexual 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”. (STF, 2019, p. 105).

Prosseguindo em seu voto, salientou que é causa de intervenção do poder judiciário a não tipificação do crime de homotransfobia, havendo insuficiência na tutela da demanda, o que acaba restringindo direitos fundamentais. O ministro também firmou entendimento de que o termo “racismo” previsto no texto constitucional deve ser interpretado de forma ampla, criminalizando também a transfobia e homofobia:

Diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, às vezes, de lacunas de caráter axiológico. Assim, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente ampliativa, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível. (STF, 2019, p. 22).

Em sua argumentação, o ministro traz à baila dados de denúncias e pesquisas que corroboram as informações em relação ao alto índice de violência contra os homossexuais e transexuais no país, sendo que o termo racismo não é restritivo, buscando evitar a discriminação social daqueles considerados inferiores, acompanhando assim, integralmente, o voto do relator, ressaltando que: “poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração”.

Voto do ministro Ricardo Lewandowski: a seu turno, a *contrario sensu* do que já havia sendo decidido pelos demais colegas julgadores, o ministro Lewandowski apresentou divergência ao voto dos demais, sendo contrário ao enquadramento do crime de homotransfobia ao crime de racismo.

Em sua argumentação, ressaltou que inúmeros direitos que visam acabar com as formas de discriminação estão sendo reconhecidos a nível nacional e internacional em relação à identidade de gênero e orientação sexual. No entanto, deixou claro que as engrenagens jurídicas não podem ser utilizadas para a construção de "dinâmicas opressoras" de grupos privados de direitos.

Assim sendo, o ministro esclareceu que, embora tenha sido demonstrada a mora inconstitucional legislativa, somente o Congresso Nacional pode criminalizar as condutas discriminatórias em relação à orientação sexual e identidade de gênero, vez que é imprescindível a existência de lei em sentido formal para tanto, salientando que:

A Constituição, ao estabelecer o mandado de criminalização do art. 5, XLI, confiou no uso simbólico do Direito Penal para afirmar o valor da vida das pessoas que contrariam a heteronormatividade e a cisgeneridade, bem como na eficácia punitiva maior oriunda dessa especificidade. (STF, 2019, p. 14).

Desse modo, ponderou o ministro que, caso o Supremo Tribunal Federal atribuísse maior extensão ao tipo penal, a fim de abarcar condutas não previstas expressamente em lei, estaria violando de plano o princípio da reserva legal. No entanto, a todo momento em seu voto, destacou que de fato o Estado precisa conferir atenção e proteção especial à comunidade LGBTQIA+.

Enfatizou ainda que, a partir da supremacia constitucional, os Tribunais passaram a ser mais acessíveis às demandas populacionais, principalmente no que diz respeito aos grupos minoritários e excluídos. Contudo, acentua o ministro acerca da divisão histórica dos poderes, não podendo a interpretação constitucional fugir dos textos legais a fim de que seja resolvido o problema da mora inconstitucional do Congresso Nacional, invocando o princípio da reserva legal absoluta em matéria penal, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5o, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta. (STF, 2019, p. 17).

Salientou também que configura atentado ao princípio da reserva legal qualquer forma de extensão dos tipos penais, conforme artigo nono da Convenção Americana de Direitos Humanos e décimo quinto do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

Muito poderia ser feito para proteger esses grupos minoritários, e a criminalização de condutas seria um passo importante. Parece-me incontestado que se deve reconhecer a mora legislativa neste sentido. Entretanto, a par de reconhecer a mora legislativa, pouco pode esta Corte fazer, não é viável invocar os precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção – MIs 670, 708 e 712 por conta de uma distinção fundamental a incidir neste caso: este processo diz respeito à matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta.

Dessa forma, o ministro Ricardo Lewandowski votou no sentido de parcial provimento da ação, apenas no tocante à declaração da mora do Congresso Nacional, a fim de que o poder legislativo adote as providências que estão a seu alcance a respeito do tema.

Voto do ministro Marco Aurélio: por sua parte, o ministro Marco Aurélio criticou duramente tanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 como o mandado de injunção 4733, fundamentando ser estrita a legalidade tratando-se de matéria penal, sendo que o judiciário atua nos limites das normas definidas previamente pelo poder legislativo.

Nesse sentido, o ministro evidenciou em seu voto acerca da proibição de inovação no mundo jurídico pelo poder judiciário através de suas decisões, focalizando a estrita legalidade e necessidade de lei tanto em sentido formal como material para a tipificação das condutas penais:

A estrita legalidade, no que direciona a ortodoxia na interpretação da Constituição em matéria penal não viabiliza ao tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na Lei maior, esvaziar o texto literal ao criar tipos penais [...] não há crime sem lei, e quando a Constituição se refere a lei, é a lei no sentido formal, emanada do Congresso Nacional. (STF, 2019, p. 23).

Ademais, reconheceu que a ação e o mandado impetrado não eram as vias adequadas para o pedido de criminalização da homotransfobia, não sendo cabível ao Supremo Tribunal Federal a usurpação de competência do poder legislativo, especialmente no que diz respeito à criação de leis penais, divergindo assim dos relatores, inadmitindo o mandado de injunção e admitindo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão para julgar improcedentes os pedidos nela contidos.

Por conseguinte, asseverou também em seu voto que:

O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º–, princípio a partir do qual construído todo o arcabouço constitucional em matéria penal, do qual derivam garantias seculares como a “proibição à analogia; a utilização do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena; a vedação à retroatividade; e a vedação de leis penais e penas de conteúdo indeterminado”. (ROXIN, Claus. Derecho Penal - Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito, 1997, p. 140). (STF, 2019, p. 9).

No entanto, o ministro Marco Aurélio cuidou em destacar ao decorrer de seu voto acerca do necessário combate à mora do poder legislativo, devendo o referido poder ser cientificado a fim de que legisle sobre a temática discutida, para que não haja proteção deficiente à comunidade LGBTQIA+.

Voto do ministro Dias Toffoli: por fim, o ministro Dias Toffoli acompanhou o voto do ministro Ricardo Lewandowski, sendo, porém, demasiadamente sucinto em sua argumentação, apenas reconhecendo a existência de omissão por parte do Congresso Nacional, não criminalizando as condutas de homotransfobia nos ditames da Lei nº 7.716/89.

Isso posto, o parecer do Ministério Público foi no sentido de conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e pela procedência dos pedidos, no mérito, conforme explicita a Ementa de sua manifestação:

CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR. 1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar. 2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem. 3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas. 4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa. 5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar inércia deliberandi. 6. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. 7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida. (STF, 2019, p. 06).

Diante disso, após os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal e do trâmite regular dos procedimentos no tocante à ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 e ao mandado de injunção 4733, formou-se maioria para o

reconhecimento da mora legislativa inconstitucional por parte do Congresso Nacional, em virtude da não criação de normas referentes à criminalização da homotransfobia no país, o que deveria ser feito em virtude de mandamento constitucional para a plena eficácia dos direitos fundamentais.

Desse modo, por oito votos favoráveis e três contras, entendeu o colegiado que deve-se aplicar a Lei nº 7.716/89 em relação às discriminações contra a população LGBTQIA+, enquanto não for editada norma regulamentadora específica nesse sentido, equiparando assim a homotransfobia provisoriamente ao crime de racismo, firmando-se as seguintes teses no acórdão:

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”) [...] Os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica. Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! [...] 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. (STF, 2019, p. 05/06).

Evidenciou-se também no acórdão que a liberdade religiosa não é restringida pela repressão à prática da homotransfobia, no entanto, não podendo as manifestações religiosas serem consideradas “discurso de ódio”, com tons de discriminação e preconceito contra os membros da comunidade LGBTQIA+ em virtude de sua identidade de gênero ou orientação sexual.

Ademais, salientou sobre o amplo conceito conferido ao termo “racismo”, a fim de que seja atingida sua dimensão social, vez que depreende-se de uma construção histórica e cultural para amparar as desigualdades e marginalização dos indivíduos que são vítimas desse tipo de conduta.

Assim sendo, por maioria, o Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26, com efeitos vinculantes e eficácia geral, para os fins de:

a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI+; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente.

Contudo, é importante asseverar que nem todos os pedidos foram julgados procedentes, como, por exemplo, não houve fixação de prazo para aprovação de lei específica sobre a matéria pelo Congresso Nacional. Salienta-se também que os julgamentos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ocorreram em conjunto, tendo em vista a similitude das matérias, sendo que a decisão do mandado de injunção se deu nos seguintes moldes:

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei

nº 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, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental. Plenário, 13.06.2019. (STF, 2019, p. 108).

No entanto, o enquadramento pelo Supremo Tribunal Federal da homotransfobia ao crime de racismo, previsto na Lei nº 7.716/89, em virtude da mora inconstitucional do poder legislativo, causou grande repercussão entre os estudiosos e operadores do direito, ao passo que possíveis direitos fundamentais constitucionais teriam sido violados, questão que será analisada no tópico a seguir.

5.5 (Im)possibilidade da Criminalização da Homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal

Conforme ressaltado no começo do trabalho, os princípios constitucionais do direito penal são como escopos norteadores, servindo de base e instrução tanto para o poder legislativo, na elaboração dos textos legais, como também ao poder judiciário, na aplicação dos ditames normativos ao caso concreto.

Nesse viés, o autor Miguel Reale (2003, p. 37) salienta que:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*.

Desse modo, os princípios ajudam a garantir harmonia interpretativa, coesão lógica e uniformização de entendimentos nas questões jurídicas no país, devendo serem observados, inclusive, pelo órgão de cúpula do poder judiciário: o Supremo Tribunal Federal, como luz orientadora e balizadora de suas decisões.

Diante disso, conforme minucioso estudo já realizado na presente monografia, têm-se que os princípios da legalidade penal, da reserva legal e da anterioridade da lei penal devem ser aplicados em todas as questões de natureza criminal, como o caso apresentado pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 e pelo mandado de injunção 4733.

Em relação ao princípio da legalidade e sua importância no que tange ao ramo do direito penal, explica o autor Rogério Greco (2017, p. 174) que:

É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. 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.

Em vista disso, não é possível que exista qualquer crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia comunicação legal, a fim de que seja resguardado e garantido o princípio basilar da segurança jurídica, crucial para a existência e permanência do estado democrático de direito. Assim sendo, ao poder legislativo é incumbido a edição de leis penais para a tipificação de condutas específicas, com a respectiva previsão das sanções correspondentes.

Nesse sentido, infere-se que houve uma relativização do princípio da reserva legal pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto realizado, com vistas a sanar uma proteção deficiente à determinada comunidade vulnerável da sociedade civil. O autor Nilo Batista (2011, p. 65) concebe, inclusive, que a reserva legal no estado de direito pode ser entendida como uma pedra angular, em especial no que se refere ao direito penal, apto a resguardar a segurança jurídica.

Fato curioso é que o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisões anteriores, já emanou entendimentos destoantes daquele proferido no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 e pelo mandado de injunção 4733, como o exarado no Habeas Corpus nº 121.835 AgR/PE, ocasião em que o ministro relator Ayres Britto ressaltou que:

Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes. (Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus (AgR RHC) 121.835. 2015. p. 01/02).

Assim sendo, aos magistrados não é cabível inovarem no âmbito jurídico, com a criação de leis, tipos penais e sanções, papel conferido ao poder legislativo, tendo em vista o princípio constitucional da harmonia, independência e separação dos

poderes, devendo haver observância ao processo legislativo previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nessa feita, a observância aos princípios pelo ordenamento jurídico brasileiro implica na concretização da segurança jurídica aos jurisdicionados, nos moldes do que entende o autor Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 121):

A adoção expressa desses princípios significa que o nosso ordenamento jurídico cumpre com a exigência de segurança jurídica postulada pelos iluministas. Além disso, para aquelas sociedades que, a exemplo da brasileira, estão organizadas por meio de um sistema político democrático, o princípio de legalidade e de reserva legal representam a garantia política de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em leis formais que sejam fruto do consenso democrático.

A seu turno, importante destacar também a proibição da analogia *in malam partem*, ou seja, não podendo ser criados crimes e penas em prejuízo ao réu, o que é expresso pelo brocardo latino *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*, significando que: não há crime nem reprimenda penal sem lei estrita para tanto, entendendo-se por lei estrita aquela criada a partir do processo legislativo pelo Congresso Nacional.

Dessa forma, o jurista Nilo Batista (2011, p. 73) explica que, imputar conduta mais gravosa à pessoa que está sendo responsabilizada pela prática de qualquer fato criminoso e sua “expansão lógica, por qualquer processo, é terminantemente vedada”, o que foi expressamente ferido à partir da criminalização das condutas de homofobia e transfobia pelo Supremo Tribunal Federal com a equiparação ao crime de racismo.

Nesse viés, avulta salientar também o princípio da intervenção mínima do direito penal, que deve ser observado tanto pelo legislador como pelos intérpretes da lei, conforme ressalta o autor Nilo Batista (2011, p. 83), para o qual ocorre a sua “compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do Estado de direito democrático”.

Por esse lado, o doutrinador Francisco de Assis Toledo (1994, p. 17) argumenta em sua obra sobre a máxima axiológica do princípio da intervenção mínima:

Se a intervenção do Direito Penal só se faz diante da ofensa de um bem jurídico, nem todos os bens jurídicos se colocam a tutela específica do Direito Penal. Do ângulo penalístico, bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito da norma penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico em outras áreas extrapenais.

Dentro desse contexto, os princípios da reserva legal e da intervenção mínima em matéria penal garantem aos cidadãos proteção às arbitrariedades realizadas pelo Estado, impedindo também que os poderes da república extrapolem suas atribuições constitucionalmente conferidas e adentrem na esfera de competência dos demais poderes, o que colocaria em risco direto as premissas do atual estado democrático de direito.

Posto isso, observa-se que ocorreu a criminalização da homotransfobia pelo poder judiciário ao argumento de que as formas de preconceito e discriminação contra os membros da comunidade LGBTQIA+ encontra-se presente de forma contundente no cotidiano da sociedade contemporânea, materializando-se sob as mais diversas formas.

Outro ponto que merece destaque em relação ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 e do mandado de injunção 4733 é se, de fato, existe omissão inconstitucional a ser sanada. Desse modo, os autores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2017, p. 625) destacam em relação às normas de eficácia limitada e aos mandamentos do texto constitucional que:

A existência de um dever estatal de proteção das pessoas (inclusive vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana) contra atos de discriminação, inclusive na esfera penal, guarda consonância com o direito constitucional positivo brasileiro, que não apenas proíbe discriminações, mas impõe ao legislador a sua punição (de acordo com o art. 5.º, XLI, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”), inclusive em sede criminal, chegando mesmo ao ponto de afirmar o caráter imprescritível dos delitos de discriminação racial, além de limitar o legislador penal na esfera da fixação da pena, predeterminando que tais delitos sejam sancionados com pena de reclusão (art. 5.º, XLII).

Nessa toada, ao equiparar o crime de homotransfobia ao crime de racismo, previsto na Lei nº 7.716/89, o Supremo Tribunal Federal estende a interpretação do conceito de racismo para abranger não apenas o racismo biológico, ou seja, aquele relacionado à etnia ou cor, conferindo uma gama muito maior do que aquela determinada expressamente na lei que regulamenta o tema.

Defendem os ministros que foram a favor da procedência da ação a evolução do conceito histórico de racismo, conforme já destacado no presente trabalho de conclusão de curso, a fim de se abranger uma série de condutas a serem punidas pela lei, inclusive a homotransfobia.

Assim sendo, o autor Claus Roxin (1998, p. 145) foi contundente ao enfatizar que a criação das leis, especialmente penais, é papel conferido ao poder legislativo, por meio dos representantes eleitos pelo povo, como forma de exteriorização e representação da soberania popular, ensinando que:

A aplicação da pena é uma intromissão tão dura na liberdade do cidadão que a legitimidade para determinar as suas instalações só pode residir no órgão que mais diretamente representa o povo como detentor do poder do Estado: o Parlamento como a representação eleita do povo. Através da divisão de poderes, expressa no princípio da legalidade, o juiz é libertado da função de criar a lei e é reduzido à função de aplicar a lei, enquanto o executivo é completamente excluído da possibilidade de cooperar na punição, impedindo assim qualquer abuso do seu poder nesta área.

Diante de todo exposto, observa-se que a prática do ativismo judicial pelos magistrados, em especial quando realizado pelo órgão de cúpula do poder judiciário no país, possui o condão de acarretar graves riscos e violações aos direitos fundamentais, arduamente conquistados ao decorrer do tempo através de lutas e reivindicações, além de desestruturar os demais poderes que possuem suas funções típicas mitigadas.

Dessa forma, têm-se que o Supremo Tribunal Federal de fato atuou proativamente como um legislador positivo no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 e do mandado de injunção 4733 ao criminalizar provisoriamente a homotransfobia no país a partir da equiparação ao crime de racismo, previsto na Lei nº 7.716/89, atentando assim contra diversos princípios constitucionais basilares, como a independência, harmonia e separação dos poderes, a legalidade, reserva legal, anterioridade da lei penal, vedação ao retrocesso da lei penal maléfica e aplicação da analogia *in malam partem*.

6 CONCLUSÃO

A partir da realização do presente trabalho, observou-se que desde o início da história da humanidade a homossexualidade encontrava-se presente, perpetuando-se até os dias atuais, acompanhando a evolução da sociedade. No entanto, a seu turno, os índices de violência e intolerância contra os membros da comunidade LGBTQIA+ aumentam cada vez mais no país.

Assim sendo, surgiu a necessidade de regulamentação jurídico-legal para as formas de discriminação, preconceito e violências de todos os tipos contra os indivíduos em virtude de identidade de gênero ou orientação sexual. Para tanto, ao argumento de que houve a mora inconstitucional do poder legislativo ao não editar lei referente ao assunto, mesmo havendo mandamento constitucional nesse sentido, foi impetrado o mandado de injunção 4733 e ajuizada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26.

Dessa forma, um dos principais argumentos utilizados pelos legitimados ativos que interpuseram a ação e impetraram o mandado foi o fato de que, a ausência de norma específica, estaria violando o direito fundamental de proibição à proteção deficiente, bem como estaria impedindo a produção de efeitos das normas de eficácia limitada, o que ocasionou uma inconstitucionalidade por omissão.

Por conseguinte, ocorreu no ano de 2019 o julgamento de forma conjunta da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do remédio constitucional, haja vista que versavam sobre os mesmos assuntos, manifestando cada ministro do Supremo Tribunal Federal de acordo com seu ponto de vista sobre o tema.

Os principais argumentos utilizados por aqueles ministros que acolheram o pedido consistiam no fato de que, o artigo 5º, inciso XLI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determina que devem ser punidos os atos e discriminações que atentem contra as liberdades dos indivíduos; que outros projetos de lei em tramitação referentes ao tema não afastam a mora do poder legislativo e que as violações aos direitos da comunidade LGBTQIA+ são consideradas graves e afetam os direitos humanos.

No mesmo sentido, também defenderam que o Supremo Tribunal Federal, em virtude da mora legislativa inconstitucional do Congresso Nacional, possui o dever de realizar uma interpretação conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a fim de que haja o efetivo combate à todas as formas de discriminação, bem

como ocorra o desenvolvimento da personalidade e autodeterminação dos indivíduos em relação à identidade de gênero e orientação sexual.

Por outro lado, os ministros que votaram contra a procedência da ação argumentaram que é necessário a existência de lei sem sentido formal para o estabelecimento de normas incriminadoras, sendo que, a extensão do tipo penal pelo Supremo Tribunal Federal estaria violando o princípio da reserva legal, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como a divisão histórica e constitucional dos três poderes.

Nessa linha, os ministros que votaram pela improcedência da ação também salientaram que o poder judiciário deve sempre atuar nos limites das normas definidas previamente pelo poder legislativo, sendo que a criminalização da homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal constituiu uma usurpação de competência das atribuições do Congresso Nacional.

Ao final do julgamento, por maioria, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional, declarou a existência de omissão legislativa inconstitucional, cientificou o Congresso Nacional dos moldes da decisão e, através da interpretação conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enquadrou a homofobia e a transfobia nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.

No entanto, a partir da realização da presente pesquisa, nota-se que, em verdade, o Supremo Tribunal Federal, ao equiparar a homotransfobia ao crime de racismo, atuou para além de seus poderes, adentrando na esfera de competência do poder legislativo, violando assim o princípio da separação dos poderes, legalidade penal e reserva legal, além de caminhar em sentido contrário aos ditames instaurados pela nova ordem constitucional de 1988 ao ampliar, por meio de interpretação, o alcance de norma desfavorável ao réu, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, colocando em risco os preceitos da segurança jurídica e da própria democracia.

REFERÊNCIAS

ABNT. **Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos**. Virgínia Alves Vaz (organizadora). Autora Aparecida de Fátima Castro Campos, Regina Célia Reis Ribeiro, Rosana Guimarães Silva. 7 ed. 2020.

ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. **Nova Hermenêutica Constitucional e (In)segurança Jurídica: Características e Crítica da Virada Linguística no Interpretar da Constituição**. Revista Quaestio Iuris, v. 8, n. 2, p. 774-792, 2015. Disponível em: <<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/16914>>. Acesso em: 15 mar 2022.

ANJOS. Gabrielle dos. **Homossexualidade, Direitos Humanos e Cidadania**. Porto Alegre: Sociologias, 2002.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista de Direito do Estado, n. 16, out./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2018. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 mar 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12^a. revista e atualizada – ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 26. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2020.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: História e Crítica de um Preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848/40. Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 mar 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm>. Acesso em: 21 de março de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 20 mar 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm>. Acesso em: 20 mar 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Distrito Federal.** Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 mar 2022.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: Parte Geral.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Consentimento do Ofendido e Violência Desportiva: Reflexos à Luz da Teoria da Imputação Objetiva.** São Paulo: Saraiva, 2003.

CLÉVE, Clèmerson Melin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRACK, Lenio Luiz; PANSIERI, Flávio. **Perigo da Criminalização Judicial e Quebra do Estado Democrático de Direito.** Conjur. 21 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estadodemocratico-direito>>. Acesso em: 20 mar 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas.** 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>>. Acesso em: 16 mar 2022.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios De Yogyakarta.** Genebra, 2007. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 16 mar 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal.** Parte geral. 5ª ed. Vol único. Ed. Juspodivm. Salvador. 2015.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber.** 13ª Edição. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. v.1 t.1. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Volume I. 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. v. I. tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Disponível em: <<https://portalconservador.com/livros/Jurgen-Habermas-Direito-edemocracia-v.I.pdf>>. Acesso em: 11 mar 2022.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. v.1. tomo 1. arts. 1o ao 10. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JESUS, Jaqueline Gomes. **Orientação sobre Identidade de Gênero: Conceitos e Termos**. Brasília, 2012.

LANZ, Letícia. **Dicionário Transgênero**. Curitiba: Editora Transgente, 2016.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez? O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

LOURO, Guacira Lopes. **Corpo, Escola e Identidade**. Revista Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 25, n. 2, julho a dezembro de 2000.

LOURO, Guacira Lopes. **Teoria Queer: uma Política Pós-Identitária para a Educação**. Estudos Feministas, 9(2): 541-553, 2001.

MAIA, Ana Claudia Bortolozzi. **Sexualidade, Deficiência e Gênero: Reflexões Sobre Padrões Definidores de Normalidade**. In: JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Diversidade Sexual na Educação: Problematização Sobre a Homofobia nas Escolas. Brasília: UNESCO, 2009.

MASIERO, Clara Moura. **Criminalização da Homofobia: Estratégia Normativa para uma Legítima Intervenção Penal e Crítica ao PLC 122/2006**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ffa62ed6b346a531>>. Acesso em: 18 mar 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

MIRABETTE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NETTO, Letícia Rodrigues Ferreira. **Transfobia**. InfoEscola. 2019. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/sociologia/transfobia/>>. Acesso em: 14 mar 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OSÓRIO, Fabio Medina; SCHAFFER, Jairo Gilberto. **Dos Crimes de Discriminação e Preconceito: Anotações à Lei 8.081, de 21-9-1990**. Revista dos Tribunais, v. 714, abr. 1995.

PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6ª Ed. RT: São Paulo. 2006.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

RAMÍREZ, Juan Bustos. **Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal**. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1994.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RESTREPO, Luís Alberto. **A Relação entre a Sociedade Civil e o Estado: Elementos para uma Fundamentação Teórica do Papel dos Movimentos Sociais na América Latina**. Tempo Social: Revista Sociologia. USP. São Paulo, 1990.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade, os Critérios da Culpa e da Prevenção**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SENADO FEDERAL. **Negro Continuará sendo Oprimido enquanto o Brasil Não se Assumir Racista**. Professor Sílvio Almeida. 22 de junho de 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/06/negro-continuara-sendo-oprimido-enquanto-o-brasil-nao-se-assumir-racista-dizem-especialistas>>. Acesso em: 21 mar 2022.

SHITANTI, Tomaz M., **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 2º edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA JR., Hédio. **Direito de Igualdade Racial**. 1º ed., São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da Criminalização do Racismo – Aspectos Jurídicos e Sociocriminológicos**. 1º ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal**. Volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Ativismo Judicial Não é Bom para a Democracia**. 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justicario-grande-sul>>. Acesso em: 15 mar 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1484**. DF. Ministro José Celso de Mello Filho. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819200/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1484-df-stf>>. Acesso em: 20 mar 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. DF. Ministro José Celso de Mello Filho. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 21 mar 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus (AgR RHC) 121.835**. Rel. Min. Ayres Britto, j. em 13.10.2015, pp. 01-02. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9832750>>. Acesso em: 24 mar 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção 4733**. DF. Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>>. Acesso em: 21 mar 2022.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

TELLES, Ney Moura. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2004.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. Saraiva: São Paulo. 1994.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: a Homossexualidade no Brasil da Colônia à Atualidade**. 4ª ed. Objetiva, Rio de Janeiro, 2018.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição De 1988 Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “À Brasileira”**. Revista Direito Gv, São Paulo: 4(2) | P. 407-440 | JUL-DEZ 2008.