

## Ativismo judicial: uma análise da atuação do Supremo Tribunal Federal à luz da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e Mandado de Injução 4733

Edilberto Nicanor Ferreira<sup>1</sup>

 [orcid.org/0000-0002-1579-4224](https://orcid.org/0000-0002-1579-4224)

Eduardo Vinícius Soares Ferreira<sup>1</sup>

 [orcid.org/0000-0002-8814-074X](https://orcid.org/0000-0002-8814-074X)

<sup>1</sup> Centro Universitário FUNORTE, Montes Claros-MG, Brasil.

Autor para correspondência: Av. Osmane Barbosa, 11.111, JK, Montes Claros-MG, Brasil.

E-mail: [edilberto.ferreira@funorte.edu.br](mailto:edilberto.ferreira@funorte.edu.br)

### Como citar este artigo

#### ABNT

FERREIRA, E. V. S.; FERREIRA, E. N. Ativismo judicial: uma análise da atuação do Supremo Tribunal Federal à luz da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e Mandado de Injução 4733. **Humanidades (Montes Claros)**, v. 10, n. 2, p. 109-121, jun./dez. 2021.

#### Vancouver

Ferreira EVS, Ferreira EN. Ativismo judicial: uma análise da atuação do Supremo Tribunal Federal à luz da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e Mandado de Injução 4733. **Humanidades (Montes Claros)** 2021 jun-dez;10(2):109-21.

### Resumo

**Objetivo:** analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 26 e Mandado de Injução 4733, verificando existência de Ativismo Judicial e possíveis ofensas à separação de poderes. **Materiais e Métodos:** o presente estudo foi conduzido por meio de uma pesquisa bibliográfica, descritiva e qualitativa, tendo como embasamento obras doutrinárias e artigos científicos referentes ao Ativismo Judicial, Criminalização da homofobia, Controle de Constitucionalidade e Separação de poderes. **Resultados:** o poder judiciário atua politicamente acerca de competências originais do poder Legislativo ao determinar a criminalização da homofobia e transfobia. **Conclusão:** a manifestação do STF decorre de provocação legítima realizada através dos institutos previstos para a realização do Controle de Constitucionalidade.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Criminalização. Homofobia.

### Abstract

**Objective:** To analyze the performance of the Federal Supreme Court in the Direct Action of Unconstitutionality 26 and Injunction Order 4733, verifying the existence of judicial activism and possible offenses against the separation of powers. **Material and Methods:** The present study was conducted through a bibliographic research with a transversal, descriptive and qualitative approach, having as theoretical basis doctrinal works and scientific articles referring to Judicial Activism, criminalization of homophobia, Control of Constitutionality and separation of powers. **Results:** The judiciary acts politically on the original powers of the Legislative when determining the criminalization of homophobia and transphobia. **Conclusion:** The manifestation of the STF arises from a legitimate provocation through the institutes responsible for realizing the constitutionality control.

**Keywords:** Judicial Activism. Criminalization. Homophobia.

## INTRODUÇÃO

Em âmbito de julgamento e análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 (ADO 26) e do Mandado de Injunção 4733 (MI 4733), o Supremo Tribunal Federal (STF) deu provimento à criminalização específica de condutas homofóbicas e transfóbicas. Por meio de tais apreciações, a Suprema Corte entendeu pela existência de Omissão Inconstitucional por parte do Congresso Nacional.

Na referida oportunidade, restou estabelecido que discriminações de caráter homofóbico e transfóbico estão tipificadas pela Lei do Racismo (Lei 7.716/89), em seu art. 20, que prevê as condutas de: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (BRASIL, 1989).

O presente trabalho visa, sob o aspecto do Ativismo Judicial, analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à equiparação dos crimes de homofobia e transfobia ao crime de racismo no âmbito dos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4733. Questiona-se, nesta oportunidade, se, de fato, a maior instância do Poder Judiciário transpassou suas competências constitucionais para embrenhar-se em competências do Poder Legislativo, versando sobre direito penal e fabricando nova conduta típica.

Nessa toada, o tema em questão demonstra sua relevância jurídica ao apresentar indagações sobre possíveis violações a pontos sensíveis da separação de poderes (funções) estatais, características substanciais do Estado Democrático de Direito.

A compreensão sobre qual deve ser o correto limite entre a devida interpretação do texto constitucional e o “Ativismo”, capaz de ferir a própria Constituição, consiste em um dos maiores

desafios das Cortes Constitucionais e da função de efetivar direitos fundamentais do cidadão (OLIVEIRA, 2015).

O objetivo deste estudo consiste em analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade 26 e no Mandado de Injunção 4733, verificando a (in) existência de Ativismo Judicial exacerbado, bem como possíveis ofensas à separação de poderes e ao princípio da legalidade. Assim, com o objetivo de compreender o tema em questão, optou-se pelo método de revisão de literatura, uma vez que este permite a reunião de informações e discussões teóricas necessárias para alcançar os objetivos quais sejam o geral e os específicos.

Este está estruturado em seções que tratam, respectivamente, sobre: a) características e evolução do Ativismo Judicial; b) as formas de Controle de Constitucionalidade exercidas pelo Suprema Corte; c) os principais pontos da ADO 26 e do MI 4733 à luz do conceito de Ativismo Judicial.

## EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ATIVISMO JUDICIAL

### Teoria Tripartite e o Estado Democrático de Direito

Conforme consagra a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em seu art. 2º, a União possui três poderes harmônicos e independentes entre si, sendo eles: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

Nesse íterim, Maluf (2018) ressalta que se consagra o princípio da divisão funcional da soberania do Estado e que, apesar de sua manifestação plena, são distribuídas, a cada um dos poderes estatais, as funções de elaborar leis, executá-las e julgar conflitos decorrentes da

existência das normas impostas.

Moraes (2017) ensina que, historicamente, a separação de poderes foi concebida por meio de contribuições de diversos filósofos e teóricos clássicos. Primeiramente, a teoria foi descrita por Aristóteles em sua obra “Política” e, após, o filósofo John Locke pormenorizou a ideia em sua obra, “Segundo tratado do governo civil”. Por fim, em “Do Espírito das Leis”, clássica obra jurídica, Montesquieu consagrou a estrutura da divisão e distribuição de funções estatais, conforme as entendemos atualmente.

Logo, Paulo e Alexandrino (2015, p. 444) explicam que

Em 1748, o francês Charles de Montesquieu publicou a obra “Do Espírito das Leis”, na qual propugnou que as três funções - administrativa, legislativa e judiciária - não podem ser exercidas pelo mesmo órgão, pois o poder tende a corromper-se sempre que não encontra limites. A partir dessa ideia-chave, Montesquieu estruturou de forma racional a concepção de que o poder só pode ser eficazmente contido se o seu exercício for distribuído por diferentes centros independentes entre si, de tal sorte que se obtenha a “limitação do poder pelo poder”. Como foram identificadas três funções nucleares na atividade de governo, propôs o pensador francês que cada uma delas fosse atribuída a um órgão, sem que qualquer deles prevalecesse sobre o outro. Desse modo, pregava ele, há de existir um órgão encarregado do exercício de cada uma dessas funções e, ademais, não deverá existir nenhuma subordinação entre eles, o que permitirá um controle recíproco e automático de cada qual pelos demais.

Para Vanin (2016), a tese desenvolvida por Montesquieu consistiu em um marco histórico na evolução dos Estados. Antes da apresentação de sua obra, a separação de poderes acontecia de forma não padronizada e cada nação a realizava de acordo com seus próprios objetivos, depois de “Do Espírito das Leis”, a doutrina tripartite foi

amplamente debatida e, gradativamente, adotada pela maioria dos países, assim permanecendo até a presente data.

Integra ainda Vanin (2016) acerca de tal premissa que outro influente ponto observado na obra montesquiana consiste na preocupação do autor em analisar a delimitação de competências atribuídas aos poderes para que estes exerçam funções típicas e atípicas e, assim, outorga-se à Montesquieu a existência da Teoria dos Freios e Contrapesos.

Não obstante, Paulo e Alexandrino (2015, p. 446) salientam que

Esse mecanismo visa a garantir o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, por meio do estabelecimento de controles recíprocos, isto é, mediante a previsão de interferências legítimas de um poder sobre outro, nos limites admitidos na Constituição. Não se trata de subordinação de um poder a outro, mas, sim, de mecanismos limitadores específicos impostos pela própria Constituição, de forma a propiciar o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um poder em detrimento do outro.

Outrossim, Barroso (2012, p. 30) leciona que

[...] Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais. Note-se que os três Poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos.

A CRFB/88, por meio do art. 60, §4º, III, prevê a vedação de qualquer deliberação sobre proposta de emenda constitucional que tente abolir a separação de poderes, portanto, configurando-se como cláusula pétrea. Percebe-se que a intenção do texto constitucional é garantir que o Estado

Democrático de Direito e manifestação de seu poder político, de fato, funcionem de forma harmônica e livre de arbitrariedades.

Por conseguinte, Paulo e Alexandrino (2015, p. 447) aduzem que

Como se vê, adotado o mecanismo de freios e contrapesos, abandona-se a ideia de uma separação rígida entre os poderes, na qual cada um deles teria funções exclusivas, exercidas sem nenhuma possibilidade de interferência dos demais, e passa-se a adotar uma concepção de atuação harmoniosa e equilibrada entre os poderes, sem independência absoluta ou exclusividade de qualquer função. É importante frisar que não se trata de uma permissão genérica para que um poder interfira no funcionamento de outro quando bem entenda, nem de existência de subordinação entre eles, mas sim de procedimentos específicos estabelecidos expressamente no próprio texto da Constituição, destinados a assegurar a harmonia e o equilíbrio entre os poderes.

Nessa mesma toada, segundo Castro (2019), a separação de poderes conforme a Teoria Tripartite não é essencialmente rígida já que, além de apenas de conceder a mera permissão, determina que os poderes/funções trabalhem de forma articulada entre si. Durante o desenvolvimento da tese montesquiana, como forma de controle, é proposta a neutralização da atuação do Poder Judiciário em si mesmo e, a neutralização recíproca entre Poder Legislativo e Executivo através do direito de estatuir normas e impedir ou vetar norma estatuída pelo outro poder.

A neutralização recíproca dos Poderes Executivo e Legislativo era implementada pela forma em que dispostas as faculdades de estatuir e vetar. Na concepção de duas câmaras legislativas, cada uma delas era dotada autonomamente da faculdade de impedir, o exercício da faculdade de estatuir somente poderia acontecer se houvesse coincidência de vontades das duas. Entre os Poderes Executivo e Legislativo há um controle interorgânico na medida em que, mesmo concordantes

as duas câmaras legislativas em estatuir, o Poder Executivo, detentor da faculdade de impedir, pode vetar a vontade legislativa. Assim, dada a conjugação das faculdades de estatuir e vetar, os Poderes Legislativo e Executivo se controlam mutuamente. (CASTRO, 2019, s/n).

Destarte, conforme ressalta Maluf (2018), a manifestação da soberania estatal, una e indivisível, ocorre através do estabelecimento de funções e limites, harmônicos e independentes entre si, com o objetivo de garantir que não ocorra a concentração de poder sob o comando de um só órgão ou um só indivíduo, conforme estabelece a CRFB/88.

Em suma, de forma típica, cabe ao Poder Legislativo elaborar leis; ao Poder Executivo, efetivá-las e, por fim, ao Poder Judiciário, prestar a tutela jurídica, pacificando conflitos.

### **Conceito de Ativismo Judicial**

Para Castro (2019), o instituto do Ativismo Judicial deve ser entendido à luz do Princípio da Separação de Poderes já que, potencialmente, se caracteriza como uma invasão feita pelo Poder Judiciário às competências direcionadas constitucionalmente aos demais poderes. É dizer, caso ocorra fuga à neutralidade na avaliação das leis e resolução de conflitos, limites deverão ser aplicados para prevenir a incidência de efeitos negativos ao corpo social.

Isso posto, cumpre-se frisar a conceituação do instituto do Ativismo Judicial:

Por “Ativismo Judicial” entende-se o papel criativo dos tribunais ao fazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade ao caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação, do texto de lei, é o momento em que o esforço do interprete faz-se sentir. Tem-se como Ativismo Judicial, portanto, a energia

emanada dos tribunais no processo da criação do direito (MIARELLI; LIMA, 2012, p. 34).

Assim sendo, é importante compreender que, conforme alerta Barroso (2012), Ativismo Judicial e judicialização, apesar de semelhantes, consistem em instituições diferentes entre si e não possuem as mesmas origens. A judicialização decorre diretamente do modelo constitucional adotado e consiste na função-dever de decidir sobre matérias nas quais possam ser observadas pretensões subjetivas ou objetivas do indivíduo detentor do direito pleiteado.

Assim, a judicialização da política manifesta-se quando o Poder Judiciário é conclamado a proferir relevantes decisões políticas, sociais ou morais em caráter final. Ressaltam Carvalho e Silva (2017, p.6):

Há quem defenda uma distinção epistemológica entre “Ativismo Judicial” e “judicialização da política”. Os sentidos divergem quanto a quem lidera a mudança de paradigma. Enquanto no Ativismo Judicial os juízes se “intrometem” em decisões de grande impacto político, na judicialização da política, o próprio Estado ou sua estrutura caminha no sentido de dar mais poder ao Judiciário. Embora diferentes, os fenômenos não se opõem, mas sim caminham num mesmo sentido.

O Ativismo Judicial, por sua vez, segundo Barroso (2012), consiste em uma forma específica de interpretação constitucional a fim de dilatar sua abrangência. Portanto, é uma atitude do Poder Judiciário, geralmente, em face de supostas inatividades do Poder Legislativo, quando se verificarem que discordâncias entre a classe política e a sociedade civil sejam capazes de impedir a devida efetivação de demandas sociais.

Não obstante, Moraes (2017) ensina que o termo “Ativismo Judicial” foi, inicialmente,

utilizado no ano de 1947, em um artigo referente à atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. No Brasil, o termo ganhou relevância em debates jurídicos de análise sobre a possibilidade de sua aplicação e sobre quais limites seriam impostos à luz do ordenamento jurídico pátrio. Questionava-se, ainda, se a manifestação ativista do Poder Judiciário seria uma decorrência da necessidade constitucional e, ainda, se estaria em concordância com sistema de freios e contrapesos.

Pontua Barroso (2012, p. 25-26) que

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: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) 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; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Nessa senda, Ferreira Filho (2012) ressalta que, nas últimas décadas, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem assumido papel cada vez mais político. Tal posicionamento não decorre, necessariamente, do texto constitucional e manifesta-se através do exercício de funções do Poder Legislativo, no geral, ou ainda, de funções do poder constituinte derivado.

Discorre Moraes (2017, p. 337),

O bom senso entre a “*passividade judicial*” e o “pragmatismo jurídico”, entre o “respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes” e “a necessidade de garantir às normas constitucionais a

máxima *efetividade*” deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do *Ativismo Judicial*, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais.

Conforme elucidam Carvalho e Silva (2017), a atuação do Poder Judiciário se expande em razão do exponente crescimento da mobilização social em torno de reformas políticas, da visão coletiva acerca da necessidade de um poder judiciário ativo e assertivo e, ainda, por meio das transformações apresentadas pela CRFB/88 quanto às competências dos três poderes.

Outras causas prováveis e muito interessantes apontadas que poderíamos adicionar a esse rol são uma desilusão dos cidadãos com a política majoritária (uma crise de identidade com os políticos eleitos), e uma tendência dos parlamentares em empurrar para o judiciário casos polêmicos. Não é interessante, por exemplo, para um deputado discutir assuntos controversos, como o aborto, os direitos dos homossexuais e as células tronco. Suas opiniões públicas poderiam minar parte de seu eleitorado (CARVALHO; SILVA, 2017, p. 6).

Sob esse prisma, resta evidenciado que o Ativismo Judicial, em essência, consiste em intensa e expansiva atuação do Poder Judiciário com o objetivo de consagrar valores constitucionais. Por muitas vezes, tal atuação interfere diretamente no escopo das funções de outros poderes e, portanto, deve ser inserida na análise da separação de poderes a fim de evitar violações.

## Repercussão Social e Jurídica do Ativismo Judicial

Segundo Oliveira (2015), o Poder Judiciário de Montesquieu, no exercício de sua função típica, herda a função de “aplicação da norma”. Nessa seara, em certo nível, o que ocorre é a própria criação do direito, relacionando-se diretamente com a política. Assim, quanto maior é o ativismo exercido, maior é a característica política do tribunal. Oliveira (2015, p. 169) destaca que

Não se pode negar, ao depois, que o Judiciário, enquanto poder, está intimamente vinculado à vida das pessoas. Nossa experiência é ainda recente – em face de outras Cortes Constitucionais –, mas hoje em dia é perceptível o ingresso das decisões do Supremo Tribunal Federal na vida e no cotidiano das pessoas. (...) No mínimo, toda questão “política” rebate à democracia, direito assegurado pelo Estado ao próprio Estado e com desdobramento direito no direito de todo cidadão.

Nesse sentido, para Oliveira (2015), a defesa da Constituição, apesar de ser uma atribuição destinada a todos os poderes estatais, é exercida de forma direta pelo poder Judiciário. Seja por meio da atividade legislativa atípica ou por meio do Controle de Constitucionalidade, a atividade consiste em necessidade do Estado Constitucional.

Conquanto, é importante ressaltar que o Ativismo Judicial também é capaz de produzir danos irreparáveis à democracia. Segundo Castro (2019), os debates políticos que acontecem dentro das casas legislativas, ao longo do processo de elaboração e aprovação de normas, são engrandecedores e representam a essência da legítima participação popular. Em tais oportunidades, eventuais inconstitucionalidades podem ser sanadas no âmbito do exercício da

função legislativa.

Em um cenário em que não ocorra a observância de limites, Castro (2019, s/n) ressalta que

Generalizando possibilidades hipotéticas, o STF poderá legislar amplamente, instalando no país um quadro juridicamente muito mais instável do que se possa imaginar, porque leis poderão ser feitas sem debate público, sem aprovação pelos representantes do povo nas Casas Legislativas e sem sanção, por um “colégio legislativo” de pessoas não eleitas pelo povo. Isso, no limite, permite fazer letra morta da repartição de Poderes que a Constituição Federal prevê em detrimento da cidadania e da dignidade da pessoa humana, a teor do preconizado no artigo 1º da Constituição.

Por outro lado, Campos (2015) alerta para a relação entre o Ativismo Judicial e o “Estado de Coisas Inconstitucional”. O referido conceito foi desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia e pode ser identificado como uma condição estatal e geral, na qual existe extrema inércia e sejam observadas falhas sistêmicas e estruturais em violação aos objetivos constitucionais. Nessa hipótese, a atuação expansiva do Poder Judiciário poderia ser legitimada.

Logo, Campos (2015, s/n) manifesta que

O ECI é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. O Ativismo Judicial estrutural revela-se, assim, o único instrumento, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar esses bloqueios e fazer a máquina estatal funcionar. No ECI, operam desacordos políticos e institucionais insuperáveis, a falta de coordenação entre órgãos do Estado, pontos cegos legislativos, temores de custos políticos e falta de interesse na representação de certos grupos sociais minoritários ou marginalizados. Nesse cenário de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, as objeções democrática e institucional ao Ativismo

Judicial estrutural possuem pouco sentido prático.

Campos (2015) explica que, a atuação do Poder Judiciário em face do “Estado de Coisas Inconstitucional” detém o poder de ampliar o debate sobre as causas dos impasses existentes e, ainda, apresentar soluções dinâmicas ao Estado através de mobilização social, impulsionando positivamente a atuação dos atores políticos responsáveis pela solução de tais adversidades. Como resultado, observam-se ganhos de ordem prática no alcance dos objetivos democráticos.

Barroso (2012) enuncia que, no Brasil, as críticas ao Ativismo Judicial denunciam riscos à legitimidade democrática, já que os magistrados não são escolhidos através de um processo eleitoral. Ademais, é possível que ocorra a politização indevida da justiça quando a motivação das decisões esteja afastada dos fundamentos do exercício jurídico e que os limites institucionais do Poder Judiciário não sejam observados, usurpando a atividade de outro poder ou órgão que conservem adequada qualificação técnica para deliberar e decidir sobre a questão.

Portanto, o Ativismo Judicial alcança esferas basilares do Estado Democrático de Direito e produz efeitos sociais e jurídicos determinantes, refletindo diretamente em questões essenciais do dia a dia dos indivíduos. Consequentemente, resta evidenciada a necessidade de que os direitos fundamentais e limites constitucionais impostos aos poderes sejam observados e que toda atuação do Poder Judiciário seja sempre norteada pela valorização da democracia.

## CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### Conceito e Objetivos

Conforme ressalta Moraes (2017), o

Controle de Constitucionalidade manifesta-se como instrumento útil à garantia da supremacia do texto constitucional e da concretização das determinações nele previstas. O referido sistema funciona a partir de sua inserção em uma conjuntura jurídica na qual exista hierarquia entre os textos normativos e na qual as normas infraconstitucionais não possam suprimir os comandos da Constituição.

Bahia (2017, p. 365) conceitua Controle de Constitucionalidade como “a verificação da adequação (compatibilidade) de lei ou ato normativo com a Constituição Federal, sob os aspectos dos requisitos formais ou materiais”.

O objetivo principal do exercício do Controle de Constitucionalidade é assegurar que as funções estatais sejam operadas em completo acordo com a ordem jurídica, concretizando as garantias individuais e coletivas previstas no texto constitucional. Segundo Kelsen (2003, p. 126), as “garantias da Constituição significam, portanto, garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis”.

Evidentemente, o Controle de Constitucionalidade decorre, necessariamente, de uma constituição rígida. Nesse sentido, Paulo e Alexandrino (2015, p. 19) ressaltam que

rigidez é o pressuposto para o surgimento e a efetivação do denominado Controle de Constitucionalidade das leis. Se a Constituição é do tipo rígida, ocupa o vértice do ordenamento jurídico e, então, há que se verificar quais leis desse ordenamento estão de acordo com as suas prescrições (e, portanto, são constitucionais) e quais leis estão em desacordo com os seus comandos (e, são, portanto, inconstitucionais, devendo ser retiradas do ordenamento jurídico).

Assim, conforme ensinam Mendes e

Branco (2017), a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma expressa uma relação jurídico-valorativa entre o dispositivo legal analisado e o objeto Constituição. Nesse sentido, serão constitucionais os atos de órgãos públicos que não sofrem sanções de nulidade ou anulabilidade.

### Formas de Controle de Constitucionalidade

Ressalta-se que o Controle de Constitucionalidade, segundo Ferreira Filho (2012), acontece de variadas maneiras, sendo classificado, por exemplo, quanto ao momento, quanto ao órgão responsável e, ainda, quanto à forma.

Quanto ao momento, o controle pode manifestar-se de forma Preventiva ou Repressiva. Conforme Mendes e Branco (2017), o Controle de Constitucionalidade Preventivo se presta a avaliar o projeto normativo antes de sua efetivação. Acontece por meio da avaliação material e formal feita nas Casas Legislativas do Congresso Nacional durante o processo de elaboração de leis ou, ainda, por meio de veto presidencial.

Por outro lado, enquanto o Controle de Constitucionalidade Preventivo visa evitar que norma inconstitucional seja inserida no ordenamento jurídico pátrio, o Controle de Constitucionalidade feito de forma Repressiva visa retirar a norma inconstitucional que já esteja inserida no ordenamento jurídico pátrio, conforme Moraes (2017).

Segundo Menaged (2011, p. 181), “controle repressivo é aquele que ocorre depois da lesão à Constituição, tendo por finalidade a sua reparação. Ele pode ser feito pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo que quem tem a função precípua de realizá-lo é o Poder Judiciário”.

Além disso, o Controle de

Constitucionalidade pode ser Político ou Jurídico. Para Cunha Júnior (2012), o Controle de Constitucionalidade político é aquele realizado por qualquer órgão que não integre o Poder Judiciário. Já que a essência do texto constitucional ultrapassa a classificação de mera lei e concretiza-se como um propósito para o Estado brasileiro em sua totalidade, a hermenêutica feita sobre seus dispositivos deve possuir caráter político a fim de ampliar sua aplicação.

Em contrapartida, Ferreira Filho (2012) ensina que o Controle de Constitucionalidade Jurídico consiste na verificação da legalidade de um dispositivo jurídico qualquer à luz da constituição, feito por órgãos do Poder Judiciário. Assim, apesar da existência de um controle político, o fundamento para a competência de analisar a legalidade das normas é, naturalmente, judicial.

Neste sentido, conceituam Soares e Rangel (2017, s/n):

pode-se definir controle judicial de constitucionalidade como sendo a averiguação feita por juízes do Poder Judiciário da harmonização das espécies normativas primárias aos requisitos formais e materiais especificados pela constituição do Estado, possuindo como modelo de elaboração o processo legislativo da lei ordinária.

Quando exercido pelos órgãos do Poder Judiciário, o Controle de Constitucionalidade poderá ser Difuso ou Concentrado. Segundo Moraes (2017), o Controle de Constitucionalidade Difuso consiste na autorização concedida a todo juiz e tribunal para que possam avaliar possíveis inconstitucionalidade de normas, a partir da demanda do caso concreto. Sendo assim, acontecerá quando a verificação de in(constitucionalidade) seja necessária para o

devido julgamento da lide em questão, porém, não esteja configurada como pleito principal.

Em compensação, conforme conceitua Bahia (2017, p. 369), o Controle de Constitucionalidade Concentrado “é o controle abstrato, exercido por via de ação, normalmente de competência do STF, independe de um processo concreto”. O processo, nesses casos, possui a finalidade única de obter a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma avaliada, visando eliminá-la do ordenamento jurídico. Dessa feita, o poder judiciário é que exerce função protagonista no Controle de Constitucionalidade das normas em vigência no ordenamento jurídico pátrio.

### **O Papel do Supremo Tribunal Federal**

A CRFB/88, por meio de seu art. 102, caput, de forma expressa, atribui ao STF o título de guardião da Constituição. Conforme ressalta Rodrigues (2010), isso significa dizer que, além de ser caracterizado como corte suprema do Estado brasileiro, o Supremo Tribunal Federal caracteriza-se como Tribunal Constitucional. Assim, é competente para processar e julgar ações de análise da compatibilidade formal ou material de normas infraconstitucionais.

Importante ressaltar que o controle constitucional difuso-incidental, apesar de possivelmente ser analisado pelo STF em razão de sua competência como última instância do poder judiciário, não lhe é exclusivo. Ensina Cunha Júnior (2012, p. 312) que “somente o Controle de Constitucionalidade pela via principal ou abstrata é exclusiva do Supremo Tribunal Federal (em face da Constituição Federal) ou dos Tribunais de Justiça (em face da Constituição do Estado)”.

Cunha Júnior (2012) ressalta que, em âmbito da análise específica de dispositivo jurídico,

o STF poderá ser provocado para realizar o Controle de Constitucionalidade através de ações, como: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) por ação ou omissão (ADO); Ação Direta de Constitucionalidade (ADC); ou, por Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Assim, a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF pode produzir efeitos diferentes a depender de sua natureza. Ensina Menaged (2011, p.176-177) que

[...] quanto ao aspecto subjetivo, ou seja, quais os sujeitos podem ser atingidos pela decisão do STF, temos que o efeito pode ser *inter partes*, *erga omnes* e vinculante. Via de regra, no controle difuso, por se estar diante de um processo que discute direitos subjetivos, os seus efeitos são só entre as partes. No entanto, temos visto que o STF tem dado efeito *erga omnes* quando, no caso concreto, a norma viola princípios constitucionais, afirmando que a sua decisão no controle difuso tem os efeitos próprios do controle concentrado (objetivação do recurso extraordinário), como foi no caso do HC 82959-SP7 e do RE 197917-SP8.

Além disso, por meio do art. 5º, LXXI e art. do 102 da CRFB/88, ao STF é atribuído o papel de processar e julgar, originariamente, mandado de injunção que será concedido sempre que, no ordenamento jurídico pátrio, observe-se a ausência de norma regulamentadora, impossibilitando o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais relacionadas à nacionalidade, soberania e cidadania.

A competência para julgamento do referido remédio constitucional será atribuída ao STF sempre que a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas

da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988).

Portanto, o STF exerce papel determinante no Controle de Constitucionalidade. Enquanto guardião da constituição, consagra-se como corte constitucional e auferir competência para proferir posicionamentos terminativos quanto à constitucionalidade de normas inseridas no ordenamento jurídico.

#### **A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 E O MANDADO DE INJUNÇÃO 4733**

Em 2019, por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 (ADO 26) e do Mandado de Injunção 4733 (MI 4733), o STF entendeu que condutas homofóbicas e transfóbicas, por analogia, podem ser criminalmente tipificadas pela Lei do Racismo (Lei 7.716/89). Na oportunidade, com eficácia geral e efeito vinculante, reconheceu-se que o Congresso Nacional encontrava-se em estado de mora inconstitucional por não legislar de forma específica sobre o tema em momento anterior devido.

Assim, em decisão proferida em julgamento da ADO 26, estabeleceu-se que:

[...] as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que

compõem o grupo vulnerável em questão (BRASIL, 2019).

Naquela mesma oportunidade, em âmbito de decisão mandamental proferida em MI 4733, o STF proferiu orientação no sentido de:

[...] 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 (BRASIL, 2019).

Conforme leciona Ferreira Filho (2012), a inconstitucionalidade por omissão acontece por meio da abstenção ou inércia na materialização de ditames previstos na norma constitucional e, conseqüentemente, enseja em violações legais. Restaria, pois, configurada a inconstitucionalidade por omissão, passível de correção por meio do Controle de Constitucionalidade.

Observa-se que, no caso em tela, a instância máxima do poder judiciário pátrio exerceu sua função de guardião da Constituição Federal, a fim de garantir que os direitos ali previstos fossem cumpridos, sanando a omissão legislativa do Congresso Nacional quanto ao tema da homotransfobia.

Porém, para Oliveira (2015), com o intuito de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, o julgador inerentemente arrisca-se diante do tênue limiar existente entre os atos de interpretação e os atos de legislação judiciária. Em razão do caráter criativo da função hermenêutica, é necessário pudor para garantir que a atividade não invada o âmbito da criação legislativa em si.

No caso da ADI 26 e do MI4733, restou estabelecido que a omissão legislativa se referia ao

mandamento constitucional constante no art. 5º, XLI da CRFB/88, que prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, possuindo caráter abrangente e abstrato quanto ao conceito de discriminações atentatórias e sem determinação de elaboração de dispositivo específico e complementar.

Para Chaves, Greco e Douglas (2019, s/n): “no caso vertente, não há comando específico e determinado, mas sim um dever geral de proteção conforme a conveniência e oportunidade do legislador para selecionar aqueles bens jurídicos mais relevantes que merecem a tutela do Direito Penal”, como alternativa, poderia ter sido realizado um diálogo constitucional no qual a Suprema Corte agiria de forma colaborativa às casas legislativas, elaborando uma proposta de criminalização. De outro lado, Vecchiatti (2019) ressalta que é desnecessária a elaboração de nova lei que criminalize de forma expressa as condutas discriminatórias por identidade de gênero ou, ainda, orientação sexual, quando estas estão inclusas no conceito de “racismo social” vedado pela lei n.º 7.716/89. Assim, seria possível a tomada de uma interpretação teoricamente avançada já que o Direito Penal não exige uma interpretação restritiva para limitar a compreensão da lei.

Portanto, percebe-se que a decisão proferida pelo STF por meio da ADO 26 e MI 4733, apesar de não necessariamente estar em desacordo com a legalidade, possui aspecto político e ativista.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto nesta pesquisa, a separação de funções estatais, estabelecida por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), consiste em elemento

basilar do Estado Democrático de Direito. Através dessa forma de organização, funciona um sistema de controle recíproco entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, garantindo harmonia e prevenindo abusos prejudiciais ao corpo social.

Assim, o Ativismo Judicial é caracterizado por uma atuação avançada do Poder Judiciário sobre esferas funcionais cabíveis aos outros dois poderes. No caso em tela, tratando-se da ADO 26 e do MI4733, observa-se que o poder judiciário atua de forma política acerca de competências originais do poder Legislativo.

Entretanto, restou demonstrado que a atuação do STF no sentido de determinar a criminalização da homofobia e da transfobia no escopo da Lei de Racismo decorre de provocação legítima realizada através dos institutos previstos para a realização do Controle de Constitucionalidade.

## REFERÊNCIAS

1. BAHIA, F. **Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017.
2. BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
3. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 07 abr. 2020.
4. BRASIL. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm). Acesso em: 20 set. 2019.
5. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 29 mai. 2020.
6. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733**. Relator: Min. Edson Fachin, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 29 mai. 2020.
7. CAMPOS, C. A. A. JOTA Mundo: Estado de Coisas Inconstitucional - Uma alternativa para a atuação do STF ante situações de violação massiva e contínua de direitos. **Jota**, 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>. Acesso em: 07 abr. 2020
8. CARVALHO, M. H. P.; SILVA, J. C. S. O STF em sede de controle de constitucionalidade: justificação e legitimidade de suas decisões em um contexto de revisão da Teoria da Separação dos Poderes. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 97, p. 03-14, 2017. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDConsInter\\_n.97.08\\_1.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.08_1.PDF). Acesso em 07 abr.2020.
9. CASTRO, J. M. Ativismo judicial, separação de Poderes e a experiência brasileira recente. **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-28/joao-monteiro-ativismo-judicial-separacao-poderes-brasil>. Acesso em 07 abr. 2020.
10. CHAVES, A. L. M.; GRECO, R.; DOUGLAS, W. Conflito entre os Poderes: pode o Supremo criar o crime de homofobia? - Em um momento de acirramento e tensões institucionais, a escolha do meio-termo, normalmente, é sempre o melhor caminho. **Jota**, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/conflito-entre-os-poderes-pode-o-supremo-criar-o-crime-de-homofobia-12022019>. Acesso em: 29 de maio de 2020.
11. CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm. 2012.
12. FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
13. KELSEN, H. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
14. MALUF, S. **Teoria geral do Estado**. 34. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
15. MENAGED, M. **O Fenômeno e as Formas de Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2011. Curso de Controle de Constitucionalidade – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, 2011.
16. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
17. MIARELLI, M. M.; LIMA, R. M. **Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012.
18. MORAES, A. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
19. OLIVEIRA, E. A. B. **Ativismo judicial e controle de constitucionalidade: impactos e efeitos na evolução da democracia**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2015.
20. PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. ed. São Paulo: Método, 2015.
21. RODRIGUES, I. M. S. Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Constitucional e a Corte Suprema na Constituição Federal de 1988. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 75, 2010.

- Disponível: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/supremo-tribunal-federal-o-tribunal-constitucional-e-a-corte-suprema-na-constituicao-federal-de-1988/>. Acesso em: 07 de abr. 2020.
22. SOARES, H. P.; RANGEL, T. L. V. O controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário: primeiras reflexões à ADPF. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 156, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-controle-de-constitucionalidade-pelo-poder-judiciario-primeiras-reflexoes-a-adpf/>. Acesso em: 07 abr. 2020.
23. VANIN, C. E. Princípio da separação de poderes na corrente tripartite. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/400382901/principio-da-separacao-de-poderes-na-corrente-tripartite>. Acesso em: 07 abr. 2020.
24. VECCHIATTI, P. R. I. Fundamentos em prol da Criminalização da Homofobia e Transfobia. **Jota**, 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fundamentos-em-prol-da-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia-07072016>. Acesso em: 29 de mai. 2020.