



**CENTRO UNIVERSITÁRIO FAMETRO
CURSO DE DIREITO**

THAMIRYS TELES ALVES

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DA ADO Nº 26
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**FORTALEZA
2020**

THAMIRYS TELES ALVES

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DA ADO Nº 26
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Artigo TCC apresentado ao curso de Direito do Centro Universitário Fametro – Unifametro – como requisito para a obtenção do grau de bacharel, sob a orientação do Prof. Ms. João Marcelo Negreiros Fernandes.

FORTALEZA

2020

THAMIRYS TELES ALVES

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DA ADO Nº 26
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Artigo TCC apresentado no dia 19 de junho de 2020 como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito do Centro Universitário Fametro – Unifametro – tendo sido aprovado pela banca examinadora composta pelos professores abaixo:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. João Marcelo Negreiros Fernandes
Orientador – Centro Universitário Fametro - Unifametro

Prof. Me. Alisson Costa Coutinho
Membro – Centro Universitário Fametro - Unifametro

Prof^ª. M^ª. Tais Vasconcelos Cidrão
Membro – Centro Universitário Fametro – Unifametro

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, por todas as graças que alcancei até o presente momento.

A minha família, que mesmo em momentos difíceis, sempre estiveram ao meu lado. Em especial, aos meus pais, Marcos Sérgio Alves dos Santos e Sílvia Helena Teles Alves que sempre me possibilitaram estudar, sem pressões e nunca me obrigaram a nada.

A Dra. Marianna Gueiros de Mello, advogada, e ao Dr. Fernando Regis Freitas de Carvalho, defensor público, que foram os principais pilares da minha prática jurídica hoje.

Ao Ministério Público do Ceará, mais precisamente ao Dr. Dairton Costa de Oliveira, promotor de justiça, que me mostrou e me ensinou a ver a verdadeira face da justiça brasileira.

Aos meus colegas da faculdade, que não são muitos, mas foram essenciais na minha jornada e crescimento como pessoa.

Ao meu orientador, João Marcelo Negreiros Fernandes, que suportou minhas procrastinações, devido a minha ansiedade nesse período de pandemia.

Aos professores da banca examinadora, que não poderiam ser outros, pessoas que admiro bastante, principalmente, Alisson Costa Coutinho.

Aos professores da UNIFAMETRO, por compartilharem seus saberes, em especial às Professoras Patrícia Lacerda de Oliveira Costa, Milena Britto Felizola e a querida Ananda Barros Matos, que já se foi da Instituição, mas que foi quem me ensinou a amar o Direito Constitucional.

Enfim, amo e admiro todos!

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DA ADO Nº 26
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**JUDICIAL ACTIVISM: A CRITICAL ANALYSIS OF THE ADO* No. 26 JUDGMENT
BY THE FEDERAL SUPREME COURT**

Thamirys Teles Alves¹

RESUMO:

O propósito do artigo é realizar uma análise crítica acerca do ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Nessa linha, o texto busca explorar a posição do STF em sede da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, tendo como relator o Ministro Celso de Mello. Por meio da decisão da maioria dos membros da Suprema Corte de Justiça do Brasil ficou determinado que os atos de homofobia e transfobia, deveriam ser enquadrados como tipo penal definido na Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89), até que o Parlamento editasse lei acerca da matéria. Como metodologia, foram utilizadas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais. Por fim, os resultados do estudo apontam para a compreensão do instituto da separação de poderes e a necessidade de impor limites democráticos ao ativismo judicial.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal. Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.

ABSTRACT:

The purpose of this article is to carry out a critical analysis about the Judicial Activism performed by the Federal Supreme Court (STF). Along this same line, the text seeks to explore the STF's position in the context of the Unconstitutionality Action by omission No. 26, with Minister Celso de Mello, as rapporteur. Through the decision of the majority of the Ministers of the Supreme Court of Justice of Brazil, it was determined that the acts of homophobia and transphobia, should be framed as a penal type defined in the Racism Law (Law 7.716 / 89), until the Parliament edited a law about the matter. As a methodology, bibliographic and jurisprudential research were used. Finally, the

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Fametro – Unifametro.
E-mail: thamyris.teles@hotmail.com

results of the study point to an understanding of the power selection institute and the need to import democratic limits to judicial activism.

Keywords: Judicial Activism. Federal Court of Justice. Unconstitutionality Action by Omission.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, percebe-se no Brasil que o Poder Judiciário tem atuado de uma forma mais protagonista diante de questões que envolvem Direitos Fundamentais, inclusive intervindo na esfera dos outros poderes do Estado (Legislativo e Executivo) em se verificando visíveis omissões ou inércia dos mesmos.

Um dos temas que tem sido debatido consistiu na interferência do Supremo Tribunal, de forma ativista, em um caso de criminalização de conduta, o mesmo, no caso, fazendo um papel que é exclusivo do Poder Legislativo, que é legislar na seara penal.

O artigo tem como escopo demonstrar a posição da Suprema Corte Brasileira e uma análise crítica acerca do julgamento da ADO nº 26, onde o Supremo Tribunal Federal julgou, por maioria de seus ministros, a mora do legislativo em editar uma lei que criminalizasse todas as formas de homofobia e transfobia, e, ato contínuo, os equiparou à lei de Racismo (Lei 7.716/1989), até que o Parlamento publicasse uma legislação sobre o assunto – o que tornou o assunto de grande importância social.

O estudo foi realizado a fim de analisar a doutrina concernente aos institutos da Separação de Poderes e Ativismo Judicial no Brasil. Desta maneira, versa sobre direitos fundamentais e a questão da sua efetividade e concretização pelos poderes políticos. Também demonstrou-se a posição do Poder Judiciário, através da sua jurisprudência, em casos de omissões legislativas e, ainda, procedeu-se a análise do entendimento que o STF firmou no tocante à criminalização da homofobia e transfobia.

Assim, e para uma melhor compreensão do assunto, o texto encontra-se dividido da seguinte forma: primeiro, discute-se sobre a Teoria da Separação de Poderes, pois é um princípio democrático e intrínseco para se haver uma harmonia entre os Poderes da República; segundo, versa sobre o avanço do instituto do Ativismo Judicial e suas consequências, pois o judiciário tem extrapolado suas competências em diversos casos que envolvem direitos Constitucionais; terceiro, trouxemos uma crítica à ilegitimidade do julgado da ADO nº 26 pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, necessário se faz uma análise histórica e pormenorizada da Teoria da Separação de Poderes, uma vez que o objeto julgado na ADO nº 26, inicialmente, é de competência do legislativo e não do judiciário. Frise-se que a tal teoria é estabelecida como cláusula pétrea na Constituição de 1988 e tem como objetivo a limitação do poder visando a preservação dos direitos individuais.

Na sequência, imprescindível abordar o ativismo judicial, o qual se encontra em uma crescente dentro do cenário do Estado Democrático de Direito, razão pela qual, invoca-se cautela, a fim de que não seja usurpada a competência de outro poder da república, assim, como estabelecido da Constituição de 1988, uma vez que o mesmo preza pela preservação da organização política do Estado.

Noutro momento, tece-se a crítica sobre a ilegitimidade do julgamento da ADO nº 26 que versa em 3 (três) pontos: primeiro, histórico legislativo visto que já contém na ordem jurídica tipificação penal análoga para casos de discriminação; o segundo, o art. 5º, inc. XXXIX, da CRFB/88 e o princípio da reserva legal, determinam que só o poder legislativo possui legitimidade para criar leis na esfera penal; e o terceiro, deve-se respeitar a harmonia entre os poderes, a fim de se evitar um desequilíbrio institucional e constitucional.

Tais ponderações acima são de fulcral importância para sustentar a crítica apontada no presente trabalho, quanto ao *decisum*, proferido no bojo da ADO nº 26, demonstrando claramente, a dissonância entre a previsão constitucional, o propósito pelo qual foi estabelecido a Teoria da Separação de Poderes e a afronta dos julgados proferidos pelo Guardião da Constituição Federal, a saber: o próprio STF.

1 A IMPORTÂNCIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1. Contextualização da Teoria da Separação de Poderes:

O instituto da Separação de Poderes para o Estado Democrático surge em razão da necessidade da preservação da garantia dos direitos individuais face à limitação do poder, diante de intensos despotismos e anarquia, tendo sido objeto de pesquisa desde a época de Aristóteles (384-322 a.C). Assim, para a manutenção da

sociedade política, tal teoria apregoa a descentralização do poder, tendo por fim evitar abusos fazendo com que um poder controle o outro (freios e contrapesos).

Nesse sentido, salienta Ricardo Cunha Chimenti (2009, p. 36):

A tripartição, portanto, é a técnica pela qual o poder é contido pelo próprio poder, um sistema de freios e contrapesos (também denominado checks and balances, verificações e equilíbrios ou método das compensações), uma garantia do povo contra o arbítrio e o despotismo

É importante salientar que, a Teoria da Tripartição de Poderes, já havia sido ventilada no período da Grécia antiga, por Aristóteles. Segundo o filósofo, a tripartição era vislumbrada do seguinte modo: os poderes concentravam-se nas mãos do soberano, o qual exercia os poderes respeitando as condições dos mesmos.

Segundo Pedro Lenza (2019, p. 864-865), este afirma que:

As primeiras bases teóricas para “tripartição de Poderes” foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra Política, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, 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 no caso concreto

Acrescente-se que a obra que sacramentou a teoria de Aristóteles foi a Política, composta de oito livros. No livro, o teórico já percebia que a concentração dos Poderes em uma única pessoa gerava movimentos autoritários. Logo, e nesse sentido, Pedro Lenza expõe que: “A célebre frase de Luís XIV reflete tal descrição: “L’État c’est moi”, ou seja, “o Estado sou eu”, o soberano.” (LENZA, 2019, p. 865).

Em continuidade à evolução histórica no tocante à Tripartição de Poderes, e para consagrar e aprimorar o que já havia sido difundido por Aristóteles, surge à figura de Montesquieu, através de seu tratado de ciência política, em 1748, com o título o Espírito das Leis (*De l’Esprit de Lois*), no período do estado liberal burguês.

Assim, a partir da referida obra, Montesquieu passa a ser reconhecido como o pai da teoria da separação de Poderes, sendo, portanto, o grande mentor da mesma, uma vez que separou os poderes em órgãos distintos, compreendendo estes como autônomos e independentes entre si, a fim de limitar o poder e garantir a efetividade dos direitos individuais. Por certo que o filósofo em referência difundiu a necessidade de uma clara limitação do poder, de forma tal, que não o torne tirano.

Corroborando com este entendimento, Aderson de Menezes, em sua obra Teoria Geral do Estado (1999, p. 248-249) cita que:

Quando, na mesma pessoa ou 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 elabore leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

E ainda,

Não há ainda liberdade se o poder de julgar não está separado do poder Legislativo e de Executivo. Se ele estivesse do Poder Legislativo, a autoridade sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrária: porque o juiz seria legislador. Se ele estivesse junto ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Conforme a teoria, cada poder exerceria a sua função denominado de típica, sendo independente e autônoma, não se permitindo mais que só um órgão seja o responsável e detentor de todo o poder. Segundo Pedro Lenza (2019, p.866):

Esse compromisso foi teorizado por Locke, no Segundo tratado do governo civil, que justificou a partir da hipótese do estado de natureza. Ganhou ele, porém, repercussão estrondosa com a obra Montesquieu, O espírito das leis, que transformou numa das mais célebres doutrinas políticas de todos os tempos.

1.2. Funções Típicas e Atípicas dos Poderes

Com relação a cada um dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), há a organização de suas funções, separadas como típicas e atípicas.

Conforme Flávio Martins (2020, p. 1215)

A distinção entre os Poderes não pode ser feita de forma orgânica, rígida. No passado, dizia-se: o Poder Legislativo é aquele que legisla o Judiciário é aquele que julga etc. Embora, em parte, esse critério não seja totalmente errôneo, ele é incompleto e impreciso. Isso porque cada Poder exerce uma função principal, que normalmente lhe dá o nome.

Ainda sobre esse aspecto, o autor assevera:

Dessa maneira, cada Poder exercerá uma função principal, predominante, que normalmente lhe dá o nome (função típica), mas também exercerá as outras funções de forma subsidiária (funções atípicas). (MARTINS, 2020, p. 1216).

Ocorre que os três poderes, consoante os contornos constitucionais, também podem exercer funções dos outros poderes, porém, relacionadas com funções de seu determinado órgão. Como exemplo, cita-se o Legislativo, que tem como competência típica a produção de leis. No entanto, exerce uma função atípica, de natureza executiva, no que diz respeito à organização do seu próprio órgão, como provimento de cargos, por exemplo. E, a sua função atípica de natureza judiciária, como exemplo tem-se o art. 52. inciso I da atual constituição, que versa acerca do julgamento do presidente da República por crimes de responsabilidade.

O Executivo também possui sua função típica como chefe de Governo, tendo como funções atípicas de natureza Legislativa, a edição de medidas provisórias (art. 62, CF/88), e a de natureza judiciária, o julgamento de defesas e recursos administrativos.

É importante frisar ainda as funções típicas e atípicas do Judiciário, sendo certo que este possui a tarefa principal dirimir conflitos mediante a aplicação da lei (vontade objetiva do direito). No entanto, atipicamente, exerce, função legislativa na produção de seu regimento interno e de natureza executiva, na organização de seu próprio órgão, na concessão de férias e licenças aos próprios servidores, por exemplo. Ambas as funções podem ser encontradas no art. 96 da atual constituição. Pedro Lenza (2019. p. 869) aduz:

Importante esclarecer que, mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da

separação de poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário.

1.3. A atuação pró-ativa do poder judiciário na contemporaneidade

Como já abordado, a tripartição dos poderes nasceu com o escopo de evitar um poder absoluto, concentrado, em respeito às liberdades individuais e ao Estado Democrático de Direito. No entanto, e com o passar do tempo, a sociedade brasileira tem procurado com mais frequência o Poder Judiciário, em busca de uma concretização mais ágil de direitos constitucionais.

Nesse raciocínio, o Judiciário, por meio do instituto chamado controle de constitucionalidade, tem tido uma atuação mais ativa dentro da atuação dos poderes constituídos, a fim de resguardar os direitos constitucionais, quando a efetividade dos mesmos se encontra em risco. Para Eduardo Arruda Alvim (2014, p. 70-71):

O controle de constitucionalidade é tema muito importante para o sistema jurídico nacional, pois é por meio dele que se garante a estabilidade à Constituição e, sobretudo, sua consolidação, adequando as normas infraconstitucionais à Norma Constitucional, que rege o Estado Democrático de Direito. Portanto, percebe-se, por consectário, que esse controle se faz imprescindível para a existências de normas formais e materialmente constitucionais, e em respeito à Constituição Federal.

Avançando na discussão, pode-se, lembrar algumas das decisões emblemáticas do STF que envolveram direitos: como a ADPF nº 54, que tratou acerca da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal, um julgamento que envolveu visivelmente o direito à vida, que foi relatado pelo ministro Marco Aurélio e julgado na data de 12 de dezembro de 2012. (SARLET, 2020, p. 28-29).

No caso supracitado, foi apreciada a legitimidade constitucional de ser possível a interrupção da gravidez de fetos que possuíssem anencefalia. Um grande embate houve na época, tendo em vista a ideia de que decisões como essa poderiam iniciar uma discussão sobre a possível descriminalização do aborto. De modo concreto, se estaria colocando em debate o valor da vida humana para o ordenamento jurídico brasileiro. Já outros autores a reputava importante a noção de preservação da “dignidade da pessoa humana”, no caso, da genitora que carrega o feto. O caso fora julgado, assim, garantindo a interrupção da gestação do feto anencefálico no Brasil.

O avanço da atuação do Poder Judiciário, também, tem grande destaque em casos de direito à saúde, que traz em voga a judicialização de políticas públicas. É importante lembrar, neste espaço, o Recurso Extraordinário nº 727.864 que versou sobre a questão das UTIS. O referido Recurso Extraordinário, o qual teve como Relator o Ministro Celso de Mello, foi julgado em 2014. No caso, houve a impugnação de uma decisão do TJ/Paraná, tendo sido julgado procedente uma ação civil pública movida pelo Ministério Público, que condenou o Estado do Paraná a custear, em hospitais privados, leitos de UTI, quando não houvessem vagas disponíveis no sistema público de saúde do Estado. (PINHEIRO, 2020, p. 48).

No Recurso supracitado, os ministros fizeram uma relação existente entre o direito à vida e o direito à saúde. Ressalte-se que esses casos têm sido frequentes, tendo se tornado, até mesmo comum esses pleitos dentro do judiciário, que tem buscado primar pela efetividade dos direitos fundamentais. É interessante ainda registrar que quando os direitos fundamentais estão em perigo, é essencial uma atuação mais pró-ativa do poder judiciário, a fim de torná-los realmente efetivos.

2 AS CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DA DOUTRINA

2.1 Aspectos Introdutórios do Ativismo Judicial

O ativismo judicial é uma expressão que passou a ser utilizada nos Estados Unidos, tendo sido empregada para qualificar a atuação da Suprema Corte nos anos de 1954 e 1969, quando era presidida por Earl Warren. Houve uma revolução na época, tendo em vista que os juízes da Suprema Corte estavam atuando politicamente ao decidir os casos concretos a eles submetidos. As atuações eram em casos e matérias que envolviam a presença forte de direitos fundamentais.

Diante disso, explana Renan Pacheco (2017, p. 19-20), em sua monografia:

É possível afirmar que o marco inicial do ativismo judicial foi o caso *Lochner v New York*¹⁹, na qual a Suprema Corte dos Estados Unidos da América declarou a inconstitucionalidade de uma lei editada pelo Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros, argumentando que o princípio de liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal (*due process of law*) consagrada pela seção 1 da 14ª Emenda à Constituição dos EUA, de modo que a lei

estadual foi reputada como uma limitação desarrazoada e arbitrária na liberdade individual de contratação. Esse precedente inaugurou a chamada “Era Lochner”, em que intervenções estatais no domínio econômico foram continuamente invalidadas pela Suprema Corte Norte-Americana.

A palavra ativismo judicial só começou a ser entendida dentro do mundo jurídico, político e social, quando fora utilizada pelo historiador Arthur Schlesinger Jr, em uma matéria da revista Fortune intitulada The Supreme Court, em 1947.

Arthur Schlesinger Jr classificou duas formas de juízes: primeiro, aqueles que praticavam o chamado ativismo judicial, porque na visão do autor, esses juízes estavam atuando de forma mais ativa na concretização do bem-estar social, ou seja, uma atuação que deveria ser política e não judicial; segundo, juízes que não foram considerados ativistas e foram qualificados como “campeões do autocomedimento”, pois esses membros entendiam que o poder judiciário não deveria ir além do seu espaço dentro do sistema jurídico. Afirma, ainda, Renan Pacheco (2017, p. 20) que:

A ideia em comum perpassada pelos ativistas judiciais mencionados na matéria, que perpassa até os dias atuais, é a de que Política e Direito são indissociáveis, de modo que qualquer decisão judicial seria uma escolha política, haja vista a impossibilidade de se determinar de forma absoluta qual a decisão “correta” aplicável a cada caso. Sendo assim, o pensamento dos ativistas concluía desta forma: “autocomedimento não passaria de uma ilusória pretensão de objetividade no ato decisório, algo incompatível com o senso de justiça e o anseio por produzir melhoras sociais que devem nortear o julgador.

Assim, começaram as discussões sobre as implicações jurídicas e políticas do ativismo judicial, pois o presente instituto poderia gerar conflitos dentro do marco do Estado democrático de direito, tendo em vista que juízes não detêm uma representatividade política (não foram eleitos) e que, as leis deveriam ser aprovadas pelo órgão legítimo, assim, as decisões judiciais não poderiam ter orientações políticas.

2.2 Judicialização da política e ativismo judicial: uma distinção necessária

Como é de conhecimento geral, o papel do judiciário é de solucionar conflitos, defendê-los e resguardar os direitos fundamentais. Cada vez mais esse poder tem

sido procurado na efetivação dos seus direitos básicos e o aumento dessa demanda, na contemporaneidade, tem-se denominado como judicialização.

Há quem defenda que a judicialização é importante para a efetivação do determinado direito violado e, há quem não a defenda, tendo em vista à defesa da tripartição de poder, e que essa intervenção do poder judiciário feriria o princípio da separação das funções estatais, havendo, portanto, uma supervalorização do Poder Judiciário em detrimento dos outros poderes, a pontuar: o legislativo e o executivo.

Nesse sentido, e não obstante o Judiciário, em virtude da urgência e da necessidade de conferir uma resposta à sociedade, passa a fazer às vezes de outros poderes (casos de políticas públicas e integração de lacunas legislativas) a fim de que não haja um perecimento do direito, em virtude da inércia de quem deveria fazê-lo e não o faz, resguardando a plenitude dos direitos fundamentais.

Constata-se que no que tange aos aspectos positivos da judicialização, com a atuação do Judiciário, em regra, este se manifesta mediante liminares, que visam o controle de constitucionalidade, com o objetivo de garantir a efetividade de direitos fundamentais, a fim de evitar o perecimento do direito.

Assevera Amandino Teixeira Nunes Junior (2016, p. 45-46):

Não somente as ações diretas de inconstitucionalidade e os mandados de segurança (individual e coletivo) têm sido instrumentos utilizados para limitar a ação de outros poderes pelo Judiciário, no que concerne à defesa da Constituição e à proteção dos direitos fundamentais. Na verdade, outros instrumentos com potencial para judicializar a política, no Brasil, é também comumente utilizados, como a ação popular, a ação civil pública, o mandado de injunção, o habeas corpus, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Já o ativismo judicial não se confunde com judicialização, pois este ocorre no caso de quando há uma postura mais pró-ativa do judiciário, na hora de decidir um caso concreto, assim, tentando buscar respaldo na ordem constitucional. Em hipóteses como essas, o poder judiciário acaba estendendo a interpretação do texto constitucional de uma forma demasiada e prolixa, para além da própria letra da lei.

Desta feita, o ativismo judicial caracteriza-se por uma escolha que o juiz faz mediante o caso concreto. Essa atuação do magistrado passa a ser elemento bastante significativo, de análise, quanto ao desenvolvimento da democracia, pois com a manifesta atuação, juízes e tribunais têm proferido decisões em julgamentos que se referem a questões econômicas, sociais e políticas. Resulta evidente a conduta pró-ativa dos membros do judiciário no tocante o pedido de uma das partes.

Conforme Eduardo Arruda Alvim (2014, p.187-188):

Antes de debater qual dos dois institutos se realiza frente ao STF, é relevante perceber que 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 geradas, 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. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer decidindo a matéria. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade efetiva. A ideia de ativismo está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes (2009, online):

Judicialização não se confunde com ativismo judicial. A judicialização nada mais expressa que o acesso ao judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado e de Direito. Outra coisa bem distinta é o "ativismo judicial" (que retrataria uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz "cria" uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição.

2.3 Consequências de uma atuação ativista do judiciário

Como já informado, o controle de constitucionalidade deu ao judiciário o poder de fiscalizar as normas e se pronunciar sobre a sua adequabilidade material e formal conforme a Constituição Federal.

Diante disso, a sociedade, através de alguns legitimados previstos no art. 103 da constituição atual, tem buscado frequentemente o Supremo Tribunal Federal, por

intermédio de ações de inconstitucionalidade, como ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade. Teresa Arruda Alvim Wambier (2011, p. 23) esclarece que:

Então, tem-se que as ditas ações constitucionais foram concebidas com o escopo precípua de levar ao efetivo cumprimento das normas que preveem os direitos fundamentais, embora seja interessante observar que nada impede que estes mesmos direitos sejam garantidos, evitando-se que sejam lesados, por meio de ações previstas pelo sistema ordinário.

Sucedem que, em momentos pontuais, o Supremo Tribunal Federal tem extrapolado o seu controle de constitucionalidade e, deste modo, ultrapassado questões constitucionais, vindo a legislar no lugar do legislativo, impondo, até mesmo, data limite ao legislativo para a feitura de uma norma. Tal circunstância pode causar uma desarmonia entre os poderes, dependendo da situação. Luís Roberto Barroso (2012, p.16) aduz que:

A separação entre direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais.

A partir do momento, que o Supremo Tribunal Federal impõe uma decisão com força de lei, ele pode atentar contra a independência dos poderes. Em respeito à democracia, o judiciário deve se ater somente a questões que estejam em jogo direitos fundamentais. Luís Roberto Barroso (2012, p. 11) afirma que:

O modo de investidura dos juizes e membros de tribunais, sua formação específica e o tipo de discurso que utilizam são aspectos que exigem reflexão. Ninguém deseja o Judiciário como instância hegemônica e a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa. Aqui, como em quase tudo mais, impõem-se as virtudes da prudência e da moderação.

Deve, portanto, haver prudência nas decisões que julguem inconstitucionalidade das leis a fim de que não se usurpe a função de outro poder. Há quem diga que não existe ativismo judicial em decisões de inconstitucionalidade, tendo em vista o judiciário ter sido provocado por um determinado número de pessoas. Ocorre que, dependendo do número de pessoas, ainda assim, não representará a vontade da maioria da população. Conforme Luís Roberto Barroso (2012, p. 12):

Juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular. Nada obstante isso, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobreporem suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado de dificuldade contramajoritária.

Para Barroso, o Supremo Tribunal Federal, exerce papel contramajoritário, que ocorre em casos em que o Supremo invalida atos de outros poderes em nome de direitos fundamentais. No entanto, as decisões do poder judiciário devem primar pela vontade popular, pois todo poder emana do povo. Luís Roberto Barroso (2012, p.15-16) ainda diz que:

Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política. Isso deve ser feito não só por razões ligadas à legitimidade democrática, como também em atenção às capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais. Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se *experts* em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.

Nesse sentido, percebe-se que deve haver um limite na atuação do judiciário, devendo se ater somente a julgar a inconstitucionalidade, e não ultrapassar sua competência, a fim de evitar arbitrariedades e usurpação de poder.

3 DA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO) Nº 26

A Ação de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO está prevista no art. 103, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988, e faz parte de umas das espécies de controle de constitucionalidade. A ADO se faz necessária em casos de omissões em face do poder Legislativo e Executivo, sendo manejada quando esses tais poderes não implementam ou administram algo que seja de grande importância e necessidade à população, como políticas públicas de saúde, por exemplo.

Também, se faz necessária a sua utilização quando o legislador deveria editar uma lei sobre uma determinada matéria de interesse da população, mas não o faz. Tudo isso pode configurar omissão desses poderes (ALVIM, 2014, p. 123).

Diferentemente da ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade em que há uma violação de uma lei (federal ou estadual) ao texto da Constituição - a ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - já aponta para uma inércia do poder legislativo ou executivo, porquanto indica que havendo omissão desses poderes em casos de medidas que tornem efetiva a constituição, o judiciário poderá dar ciência ao Poder competente, a fim de que os mesmos tomem as providências necessárias diante da situação enfrentada. Marcelo Galante (2012. p.71) assevera o seguinte:

Essa ação tem por objetivo suprir a omissão dos poderes constituídos que deixaram de elaborar norma regulamentadora e assim, que inviabilizaria o pleno exercício de normas dispostas na Constituição Federal

Nessa perspectiva, faz-se necessário a análise da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que fora proposta no Supremo Tribunal Federal pelo Partido Popular Socialista (PPS), tendo como relator o Ministro Celso de Mello. A referida ação traz o pedido de medida cautelar por omissão do Congresso Nacional em editar uma lei que criminalizasse todas as formas de homofobia e transfobia.

O requerente (Partido Popular Socialista) alegou que o art. 5º, inciso XLII, da Constituição de 1988, que indica que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”, abrangeria, também, todas as formas de homofobia e transfobia. Assim, pleiteia a equiparação do crime de racismo a homofobia e transfobia.

Ocorre que, após alguns dias de julgamento, no dia 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal finalizou do julgamento da Ação de inconstitucionalidade por omissão (ADO). Por 8 (oito) votos a favor e 3 (três contra), a Suprema Corte, decidiu pela aplicação da lei 7.716/89 (lei de racismo), também a discriminação de

homofobia. O ministro Celso de Mello (2019, online), relator do caso, votou favor da equiparação, afirmando que:

Essa visão de mundo, senhores ministros, fundada, artificialmente construída, de que as diferenças biológicas entre homem e a mulher devem determinar os seus papéis sociais ('meninos vestem azul e meninas vestem rosa'), impõe, notadamente em face dos integrantes da comunidade LGBT, uma inaceitável restrição às suas liberdades individuais

Ainda nesse sentido, Celso de Mello (2019, online), declarou a omissão do Congresso Nacional e defendeu a atuação do Supremo Tribunal Federal:

O STF, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar com este gesto o respeito incondicional que os juizes deste tribunal pela atualidade da lei fundamental da República.

A fim de trazer para análise, importa consignar o voto contrário à ADO discutida, escolhemos o voto do ministro Ricardo Lewandowski, que afirmou que: "Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o poder legislativo pode criminalizar condutas" (2019, online).

O ministro fora o primeiro a votar contra o enquadramento de homofobia ao crime de racismo. O voto do mesmo contém 19 laudas e, na oportunidade, sustentou não caber ao Judiciário criar tipos penais, pois compete ao legislativo. O ministro acredita que há uma mora do legislativo, tendo votado, para que seja dada a ciência do caso ao Congresso Nacional, a fim de que o órgão competente aprove uma lei para a matéria. Ao concluir seu voto, Lewandowski (2019, online) afirmou o seguinte:

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos.

Ao fim do julgamento, por 10 (dez) votos a 01 (um), o STF, por fim, reconheceu a mora do Congresso Nacional em editar uma lei a respeito da matéria. E, por 08 (oito)

votos a 03 (três), os ministros entenderam pelo enquadramento da homofobia no art. 20 da Lei 7.716/1989 (lei de racismo).

Por último, frisa-se que qualquer pessoa, independente da orientação sexual e de causas que defenda, merece respeito e deve ser protegida pelo Estado. Sobre esse aspecto, tem-se uma lei de racismo (7.716/89), que pune discriminação racista contra pessoas e, agora, o STF redefiniu o que seria esse racismo, tentando enquadrá-lo, também, em preconceitos e discriminações por orientação sexual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do que fora defendido no decorrer do texto, comentou-se o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em sede da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Referida ação foi proposta pelo partido popular socialista (PPS) e tinha por escopo informar a omissão do Congresso Nacional em confeccionar lei que tutelasse a população LGBT, objetivando equiparar o crime de racismo ao crime de homofobia e transfobia. A ação foi julgada favorável pela Corte, por oito votos a favor e 3 (três) contra, e o mesmo gerou grandes repercussões no meio jurídico e político.

Com efeito, o julgamento da ADO nº 26 fora uma afronta ao ordenamento constitucional, tendo ferido princípios constitucionais como o da separação de poderes, do art. 2º da CRFB/88, e ao princípio da reserva legal do art. 5º inc. XXXIX da CRFB/88.

Há três pontos que tornam o julgamento da ADO arbitrário: o primeiro ponto sendo no tocante ao princípio da reserva legal, encontrado no art. 5º, inc. XXXIX da CRFB/88, que fala que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”, “Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”. Segundo o princípio da reserva legal, ainda que houvesse sido alegada a omissão do Congresso Nacional, não seria possível ao Pudiciário suprir a eventual lacuna apontada, pois tal medida tentaria frontalmente ao referido princípio, por ser matéria penal.

O segundo ponto é pelo fato de que já existe tipificação penal para tutelar os bens jurídicos em debate, mediante normas penais como homicídio, lesão corporal, e

crimes conta a honra, por exemplo. Também, não havendo que se falar em mora legislativa, pois há diversas leis em andamento, em fase de maturação pelo Congresso.

O terceiro ponto é que, deve-se respeitar a independência e harmonia entre os poderes, trata-se de um princípio estruturante do Estado Democrático de Direito. Com base nesse princípio cabe ao congresso nacional decidir o tempo. Assim, não se considera adequado que o STF legisle na seara penal, por ser inconstitucional, ferir o princípio da legalidade e da separação de poderes.

Portanto, percebe-se que houve uma inconstitucionalidade no presente julgado. Entretanto, mesmo diante das críticas a discussão, o pleito tem objetivo de preservar o clamor social dos movimentos LGBTs, que há bastante tempo lutam pela preservação de direitos mínimos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. **Processo Constitucional**. Revistas dos Tribunais. Ed. 2015.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. 2012. Revista da Faculdade de Direito - UFRJ. Escola. Rio de Janeiro, 2012.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de Direito Constitucional**, 6ª edição, Editora Saraiva, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 29ª edição, Editora Saraiva, 2010.

GALANTE, Marcelo. **Vade Mecum Prática OAB: Constitucional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes> > Acesso em 18 de maio de 2020.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais**, 2ª edição, Editora Juspdvnm, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional - Esquematizado**, 23ª edição, Editora Saraiva, 2019.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª edição, Editora Saraiva, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Saraiva, 2009.

MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil – Os casos das comissões parlamentares de inquérito e da fidelidade partidária**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

PACHECO, Renan do Rêgo Silva. **Implicações do Ativismo Judicial do Brasil: Análise Prática da Criação do Direito pelo Poder Judiciário**. 46 fls. Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2017.

REDLER, Ivana. **Master Juris**, 2019. Disponível em: <https://masterjuris.com.br/criminalizacao-da-homofobia-no-stf-veja-como-votou-cada-ministro/> Acesso em: 19 de maio de 2020.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; SARLET, Ingo Wolfgang; PINHEIRO, Victor Marcel. **Decisões Controversas do STF – Direito Constitucional em Casos**. Editora Forense. Rio de Janeiro. Ed. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 32ª edição, Editora Malheiros, 2009.

Supremo Tribunal Federal. Ação de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 17 de novembro de 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Ações Constitucionais**. 5ª ed. Juspodvm, 2011.