

# CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADO 26 E DO MI 4733 PELO STF

MYLENNA JOSEPH SILVA<sup>1</sup>

FLÁVIO AUGUSTO MARETTI SGRILLI SIQUEIRA<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo realizará uma análise do Mandado de Injunção (MI) nº 4733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, as quais foram intentadas na ânsia de que se reconhecesse que as práticas de homofobia e transfobia caracterizavam o ilícito de racismo sob o ponto de vista social, devendo ser declarada inconstitucional a mora do legislador em repreender especificamente tais condutas. Foi empregada uma abordagem qualitativa, através do método indutivo, analisando-se a decisão judicial proferida pelo STF, bem como tomando a pesquisa caráter exploratório, tendo em vista a finalidade de se exprimir questões acerca de constitucionalidade e ativismo judicial, verificando-se se houve algum tipo de violação aos direitos e garantias fundamentais quando de sua prolação. Dessa forma, através de estudo bibliográfico, apurou-se a ilegitimidade do julgamento de ambas ações sob o ponto de vista dos princípios fundamentais do direito penal, bem como constatou-se que a decisão está eivada de ativismo judicial.

**Palavras-chave:** direito penal; direito constitucional; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26; Mandado de Injunção 4733; direitos e garantias fundamentais; homofobia e transfobia.

## 1. INTRODUÇÃO

No ano de 2012 a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou Mandado de Injunção (MI 4733) requerendo o reconhecimento de que as práticas de homofobia e transfobia agregam ao conceito de racismo sob o ponto de vista social, devendo ser declarada inconstitucional a mora do legislador em repreender especificamente tais condutas.

Posteriormente, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) objetivando, além dos pedidos já formulados pela MI 4733, a definição de prazo razoável para que o Congresso

---

<sup>1</sup> Discente do 10º período do Curso de Direito da Libertas Faculdades Integradas. E-mail: josephmylenna@gmail.com

<sup>2</sup> Pós-Doutorando em Democracia e Direitos Humanos – Universidade de Coimbra; Doutor em Direito Penal e Política Criminal – Universidade de Granada; Mestre em Direito Penal e Tutela dos Interesses Supraindividuais – Universidade Estadual de Maringá; Especialista em Direito e Processo Penal – Universidade Estadual de Londrina; Professor de Direito Penal, Processo Penal e Direito Administrativo – Libertas Faculdades Integradas e Defensor Público/MG.

Nacional saneie a omissão legislativa de criminalização das condutas tidas como homofóbicas e transfóbicas, bem como a aplicação da Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89) para punição de tais comportamentos enquanto não sobrevier lei.

Ambas ações fundamentaram-se na determinação constitucional de punição dos atos de discriminação atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CF) e das práticas de racismo (art. 5º, XLII, CF), bem como por força do princípio da proibição da proteção deficiente.

Em junho de 2019, reconheceu o Plenário do STF a mora do Congresso Nacional em legislar sobre a homofobia e a transfobia por 10 votos a 1, bem como, por 8 votos a 3, entendeu que as condutas se enquadram no artigo 20 da Lei nº 7.716/89, que criminaliza o racismo, até que sobrevenha norma regulamentando a questão.

Considerando que as decisões foram dadas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção, o que se questiona é se a decisão aplicada pelo STF comporta as funções as quais lhe foram atribuídas constitucionalmente, buscando-se verificar se é correto que a decisão tenha tamanha abrangência para criminalizar determinada conduta via decisão judicial, principalmente considerando princípios fundamentais como a legalidade, a anterioridade da lei penal, a taxatividade e a vedação da analogia *in malam partem*, basilares do direito penal.

Além disso, faz-se necessário avaliar se postura do Supremo Tribunal Federal foi ativista quando do julgamento das aludidas ações, tendo em vista que possivelmente contrariou, além dos princípios próprios do direito penal, a separação dos Poderes do Estado.

Por ativismo judicial entende-se a atuação do Poder Judiciário que transborda suas típicas funções judiciais e expande suas decisões para que atinjam questões que são de resolução atribuída aos Poderes Legislativo e Executivo. Nesses termos, o judiciário acaba por atuar de maneira ativa, manipulando temas relativos a direitos e garantias fundamentais intrínsecos aos demais Poderes.

A reflexão que aqui se faz, bem como o objetivo deste trabalho, se refere à necessidade de analisar a harmonia entre as funções do Superior Tribunal Federal e a proteção dos direitos e garantias fundamentais quando da resolução da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4733, na ânsia de verificar a legitimidade da atuação do Tribunal quando da resolução das demandas.

Em um primeiro momento buscar-se-á o conceito e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, os quais instrumentalizaram a decisão do STF, bem como analisar-se-ão os princípios fundamentais que possivelmente foram por ela atacados, de modo que será realizada uma pesquisa bibliográfica.

Posteriormente, serão exploradas as atribuições do Supremo Tribunal Federal e sua coerência como o julgamento das ações que aqui se discutem, bem como seu impacto em relação a questões como ativismo judicial e a separação dos Poderes do Estado, para que então se possa averiguar a correspondência da decisão com o direito penal e constitucional.

Para a elaboração do presente trabalho será empregada uma abordagem qualitativa, através do método indutivo, na medida em que será realizada uma análise da decisão judicial prolatada pelo STF, de sorte que a pesquisa tomará caráter exploratório, tendo em vista a finalidade de examinar questões acerca de constitucionalidade e ativismo judicial, averiguando-se a existência de algum tipo de violação aos direitos e garantias fundamentais quando da prolação da decisão.

## **2. DOS INSTITUTOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E DO MANDADO DE INJUNÇÃO**

Por inconstitucionalidade da norma entende-se o desacordo entre a Constituição Federal em relação às leis e atos do Poder Público que são a ela inferiores. Assim, considerando a ausência de compatibilidade vertical entre a Constituição e os referidos atos, devem estes serem tidos como inconstitucionais na medida em que "(...) as constituições possuem uma supremacia de conteúdo em relação às leis." (NOVELINO, 2017, p.165).

O vício de constitucionalidade no direito brasileiro pode ocorrer não somente no momento em que o Poder Público pratica determinadas condutas, mas inclusive quando se abstém de ações as quais é incumbido de realizar. Nesse sentido, omite-se tanto no que se refere aos comandos advindos da Lei Magna quanto no que tange a própria essência extraída da interpretação da norma constitucional.

Além disso, faz-se necessário mencionar que o ato normativo inconstitucional pode conter vícios em seu procedimento e competência, o qual dá-se

o nome de inconstitucionalidade formal, bem como seu próprio conteúdo poderá estar viciado quando em desacordo com as regras e princípios constitucionais, aqui denominado inconstitucionalidade material.

Considerando-se que o presente artigo se propõe a analisar tão somente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e o Mandado de Injunção 4733, não serão aqui analisadas as características que integram outras formas de inconstitucionalidade da norma que não a omissão.

Assim sendo, para remediar a omissão inconstitucional foram concebidos os institutos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, bem como do Mandado de Injunção, os quais não se tratam de sinônimos e guardam pontuadas dessemelhanças entre si.

Inicialmente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), parcial ou total, tem por objetivo proteger as normas constitucionais na medida em que estas necessitam de determinada atuação do Poder Público para serem positivadas, de sorte que, em sendo uma ação de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade é, nas palavras de Marcelo Novelino (2017, p. 178), “responsável por introduzir a representação de inconstitucionalidade no sistema constitucional pátrio”.

Os ativamente legitimados para propor a ADO são aqueles arrolados no art. 103, I a IX, da CF, sendo que, conseqüentemente, as autoridades consideradas omissas irão integrar o polo passivo da ação.

Disciplinada no art. 102, I, “a” da CF, a competência para julgamento de tal ação é exclusiva do STF quando a norma violada for constante da própria constituição, tendo em vista que tal tipo de controle de constitucionalidade pode se dar também em âmbito estadual.

Quanto aos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo, verifica-se que não há fixação de prazo para que seja sanado o vício, nos termos do art. 103, §2º, da CF, limitando-se a decisão a cientificar o poder competente para que corrija o vício de constitucionalidade. Nesse sentido, segundo Alexandre de Mores (2016, p. 1024), a decisão possui natureza de caráter obrigatório e mandamental, porquanto objetiva a obtenção de uma ordem judicial em desfavor de órgão do Estado, assim:

(...) o Poder Legislativo tem a oportunidade e a conveniência de legislar, no exercício constitucional de sua função precípua, não podendo ser forçado

pelo Poder Judiciário a exercer seu *munus*, sob pena de afronta a separação dos Poderes, fixada pelo art. 2º da Carta Constitucional. Como não há fixação de prazo para a adoção das providências cabíveis, igualmente, não haverá possibilidade de responsabilização dos órgãos legislativos. Declarada, porém, a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos *ex tunc* e *erga omnes*, permitindo-se sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo.

Lado outro, o Mandado de Injunção (MI) previsto no art. 5º, LXXI da CF e disciplinado pela Lei nº 13.300/16, além de remédio constitucional, se trata de uma ação de controle incidental de constitucionalidade, tendo em vista que tem por objetivo assegurar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, os quais encontram-se inviabilizados em razão da ausência de norma regulamentadora.

O Mandado de Injunção pode ser individual (art. 3º da Lei nº 13.300/16) ou coletivo (art. 12 da Lei nº 13.300/16), de sorte que a omissão normativa poderá ser constatada total ou parcialmente.

Segundo Pedro Lenza (2019, p. 1992/1993), quanto aos efeitos da decisão que concede ordem ao MI existem variados entendimentos segundo a doutrina e a jurisprudência, de sorte que atualmente o Supremo Tribunal Federal vem seguindo entendimento concretista, o qual, além de reconhecer a mora legislativa, supre a lacuna normativa e concretiza o direito ou liberdade omitidos.

Todavia, não é este o posicionamento adotado pelo legislador, nos termos do art. 8º da Lei nº 13.300/16, o qual adotou posição intermediária para cientificar o Poder responsável pela omissão da norma e somente a partir de sua inércia haveria a possibilidade de suprir a lei pela decisão judicial.

Assim, via de regra, esta decisão terá efeito *inter partes*, suprindo-se a lacuna da norma apenas em relação àqueles que impetraram a referida ação. Todavia, existem julgados no STF que ampliam os efeitos da decisão para torná-la *ultra partes* ou *erga omnes*.

No que tange à distinção entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção, pode-se pontuar que, em suma, "(...) o Mandado de Injunção é uma ação constitucional de garantia individual, enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é uma ação constitucional de garantia da Constituição." (LENZA, 2019, p. 1985).

Considerando que este artigo tratará especificamente do julgamento da ADO 26 e do MI 4733, faz-se necessário esclarecer os fundamentos apresentados quando do ajuizamento das referidas ações, as quais foram deliberadas na mesma data para que se evitassem decisões conflitantes ou contraditórias, nos termos do art. 55, 3º do Código de Processo Civil.

Ambas ações encontraram suporte na determinação constitucional de punição dos atos de discriminação atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CF), bem como das práticas de racismo (art. 5º, XLII, CF), o qual toma cunho social neste contexto tendo em vista que o próprio Supremo Tribunal Federal já estabeleceu, quando do julgamento do *habeas corpus* n.º 82.424/RS, que o termo “racismo” supera características meramente biológicas e se assenta em uma perspectiva político-social qualificada pela inferiorização de um grupo social em relação à outro.

Ainda, por força do princípio da proibição da proteção deficiente, as práticas que atentem aos direitos e garantias da população LGBT+ (lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e afins) necessitam de criminalização específica, tendo em vista que, segundo Bruno Galindo (2019), a comunidade LGBT+ representa um grupo social de elevado grau de vulnerabilidade, motivo pelo qual o direito penal pode ser utilizado como ferramenta para fragilizar as práticas discriminatórias e concretizar a proteção desta minoria.

### **3. CONTORNOS ACERCA DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL**

Considerando que o atual Estado Democrático de Direito possui como fundamento a dignidade da pessoa humana, é inequívoco que os princípios fundamentais de direito penal terão por objetivo nortear o legislador quando da observância dos direitos e garantias fundamentais para a criação da norma penal visando regular a pretensão punitiva do Estado, bem como orientar o julgador quando da interpretação e aplicação da norma.

O princípio da legalidade ou da reserva legal (art. 5º, XXXIX, CF) determina que para que um fato seja reconhecido como crime e então aplicada determinada sanção penal é imperioso que haja lei formal que criminalize tal conduta, de modo que

para Luiz Regis Prado (2018, e-book) é “(...) inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo (v.g., medida provisória), do costume ou do argumento analógico *in malam partem* (...)”, não havendo então crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Assim sendo, este princípio é de fundamental importância e emerge como uma garantia e como um limitador do poder punitivo estatal, considerando que agirá como contenção à arbitrariedade daquele que irá aplicar a lei.

Ainda, segundo Cleber Masson (2018, p. 06), existem dois fundamentos que sustentam a aplicação do princípio da reserva legal, sendo um jurídico, o qual se trata da taxatividade da norma penal e impede que haja abertura para a analogia *in malam partem*, e um político, o qual se trata necessariamente da proteção humana em oposição ao poder de punir do Estado.

Por fim, resta salientar que a edição da norma penal incriminadora é de competência privativa da União, nos termos do art. 22, I, da CF, não sendo possível, inclusive, a edição de medida provisória que verse sobre direito penal no que se refere à temas que agravem a situação do réu. Sobre o tema, Franco (2018, p. 156) assevera que:

(...) Beccaria, ao inventar o direito penal moderno, não pensava em outra coisa senão em limitação, em restringir o Estado às punições necessárias, dentro de uma lógica de respeito e dignidade. Não é atoa que os documentos internacionais de direitos humanos, desde o século XIII, insistem em uma questão básica: penas devem ser aplicadas mediante previsão anterior em lei, mediante um processo também previsto em lei.

O princípio da anterioridade da lei penal por sua vez encontra-se resguardado na Constituição Federal no mesmo artigo que ampara o princípio da reserva legal. Assim, por este princípio tem-se que é necessária a existência de lei prévia que criminalize os comportamentos os quais se pretende punir, sendo inconcebível a aplicação da norma penal aos fatos executados quando do período de *vacatio legis*, com exceção da aplicação retroativa da norma quando esta vier a beneficiar o réu, inclusive em seu período de *vacatio*, conforme destaca Cleber Masson (2018, p. 06).

Ainda no mesmo diploma legal, o princípio da taxatividade, segundo Luiz Regis Prado (2015), possui duas dimensões. Primeiramente, o princípio mostra-se como orientador para o legislador que deverá descrever a conduta punível da maneira mais clara possível, abrindo margem para a segurança jurídica. Além disso, tem por

objetivo coibir o abuso do julgador na medida em que este estará vinculado aos parâmetros legais quando da aplicação da norma. Nesse sentido, “restringe-se a liberdade decisória do juiz (*arbitrium iudicis*) a determinados parâmetros legais, que não podem ser ultrapassados no momento da aplicação da lei ao caso concreto” (PRADO, 2015, e-book).

Além dos princípios elencados alhures, faz-se necessário explicar acerca da vedação da *analogia in malam partem* para que se compreenda inteiramente o debate que aqui se faz.

Inicialmente, cabe pontuar que por analogia entende-se a possibilidade de aplicação de determinada norma a um fato que até o momento não se encontra concebido pelo ordenamento jurídico, mas que se assemelha a outro já contemplado. Desse modo, é diferente da interpretação analógica, a qual visa preencher o comando legal em função da própria determinação da lei, de sorte que, segundo Bitencourt (2016, p. 199):

(...) a *interpretação analógica*, ao contrário da *analogia*, pode ser, e normalmente é aplicada às normas penais incriminadoras. Estas, em obediência ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, não podem ter suas lacunas integradas ou colmatadas pela *analogia*, em obediência *exatamente* ao princípio *nullum crimen sine praevia lege*.

Nesses termos, por força do princípio da legalidade, não se admite a aplicação analógica de lei que desfavoreça a situação do réu, aqui denominada de *analogia in malam partem*.

#### **4. DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO E DAS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS DO STF**

Pela regra constante do art. 2º da Constituição Federal, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, sendo que a separação dos poderes é princípio e cláusula pétrea do direito brasileiro (art. 60, §4º, III, da CF).

A teoria separação dos Poderes tem por finalidade evitar o arbítrio do Estado através da concentração das funções estatais em uma única entidade, em contraposição às monarquias absolutistas europeias (NUNES JÚNIOR, 2018, e-book). Desse modo, a elaboração normativa foi atribuída ao Poder Legislativo, o Poder

Executivo ficou responsável pela administração e execução das normas e coube ao Poder Judiciário realizar a jurisdição na medida em que representa o Estado quando da existência de um conflito de interesses entre determinadas partes.

Segundo a teoria montesquiana dos “freios e contrapesos” que influenciou as Constituições modernas, esta divisão permite a fiscalização e a responsabilização recíprocas dos poderes do Estado (LENZA, 2019, p. 866), devendo a entidade estatal prezar pela sua harmonia e equilíbrio.

Composto por 11 ministros indicados pelo Presidente da República e escolhidos pelo Senado Federal, o Supremo Tribunal Federal é órgão de cúpula do Poder Judiciário, uma vez que decide em última instância litígios intersubjetivos e é responsável pela defesa da Constituição Federal (TAVARES, 2018, p. 638). Tem então como função precípua realizar a interpretação normativa, bem como a administração da justiça, exercendo seu papel pelas vias originárias, recursais ordinárias e recursais extraordinárias (NOVELINO, p. 724, 2017).

Dentre as funções do Supremo Tribunal Federal estão, além de sua típica função de julgar, funções normativas e administrativas atípicas, isso pois, para Pedro Lenza (2019, p. 869), os Estados modernos adotam a teoria da tripartição dos poderes de maneira abrandada, dado que “diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir uma maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta deles”.

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, edita seu regimento interno e realizada a gestão dos magistrados e serventuários que ali laboram, não havendo o que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que não extrapola a realização tais atividades fora do âmbito de seu próprio órgão.

## **5. DA POSTURA ATIVISTA DO STF**

A Constituição Federal de 1998 fortaleceu o Poder Judiciário e a partir das complexas ferramentas de controle de constitucionalidade, bem como por força das dificuldades enfrentadas pelo Poder Público em dar efetividade às normas constitucionais surgiu o fenômeno do ativismo judicial (MORAES, 2016, p. 1193), que pode ser conceituado como uma postura ativa do Poder Judiciário que acaba por

ocupar um espaço que tradicionalmente é preenchido pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Para Barroso (2009, p. 14) o ativismo pode ser caracterizado em três diferentes momentos, ou seja:

(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.

Em que pese exista na doutrina diferentes concepções acerca da legitimidade da adoção de um comportamento ativista pelo Judiciário, Franco (2018, p. 25) posiciona-se no sentido de que o fenômeno deve ser visto com neutralidade, uma vez que:

(...) Ativismo judicial, por si só, não significaria algo louvável ou condenável de antemão. Tratar-se-ia apenas de uma forma de rotular a maior ou menor intensidade com a qual o Poder Judiciário interfere nos demais Poderes. Mais ativista, por exemplo, seria um tribunal que exercesse com mais vigor o controle de constitucionalidade. Menos ativista seria um outro mais parcimonioso nesse controle.

O ativismo judicial é então uma prática neutra do Poder Judiciário que buscar dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal especialmente através dos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Questiona-se então se seria válido autorizar que o Judiciário atue subjetivamente, mesmo que, nas palavras de Alexandre de Moraes (2016, p. 1995), isso o transforme em um superlegislador, uma vez que não está sujeito a qualquer tipo de controle? Ou deveria o órgão abster-se de tal prática para que não reste configurado desrespeito aos limites funcionais atribuídos a cada um dos Poderes, especialmente a função legislativa?

Neste caso, é possível afirmar que a atuação do Judiciário será legítima quando tiver por finalidade assegurar determinado direito fundamental constitucionalmente consagrado, mesmo que para tanto deva interferir em atos que são de exclusivos dos Poderes Legislativo e Executivo. No caso, este protagonismo do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, em relação aos demais Poderes não significa que estará atuando de maneira ativista, mas apenas que está agindo como o protetor

da constituição que é, uma vez que é seu dever questionar as omissões do Poder Público e garantir o cumprimento da norma constitucional, de sorte que sua atuação é uma natural consequência do neoconstitucionalismo (NUNES JÚNIOR, 2018, e-book).

Sobre o tema, Franco (2018, p. 155) assevera que:

No atual estágio do constitucionalismo, no qual são reconhecidas limitações recíprocas entre os Poderes (checks and balances), não é aceitável um direito livre em que a lei seja substituída pela palavra dos Tribunais, tampouco o culto cego da lei como algo que dispense intermediação interpretativa para se fazer valer. Tanto se deve confiar uma margem de interpretação ao juiz – o que é natural, inexorável e reconhecido mesmo no direito francês pós-revolução – quanto se deve exigir que o julgador não perca o referencial da normatividade, isto é, o sentido semântico convencional que emerge de cada dispositivo.

Assim sendo, no mandado de injunção, por exemplo, é legítima a atuação do Poder Judiciário pois, ainda que ocupe um espaço destinado ao legislador quando preenche determinada lacuna normativa para fazer valer o direito fundamental do jurisdicionado, estaria ele amparado pelo princípio constitucional da proporcionalidade, pelas vias da proibição da proteção deficiente.

A figura do ativismo judicial faz-se então presente no julgamento da ADO 26 e do MI 4733, porquanto os ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber, que posicionaram-se de maneira favorável à aplicação análoga da Lei nº 7.716/89 para combater os crimes de homofobia e transfobia apoiaram-se na premissa de que o Supremo Tribunal Federal possui como função essencial resguardar os direitos e garantias fundamentais consagrados na Carta Magna, coibindo a omissão inconstitucional dos demais poderes e progredindo de maneira concomitante à própria sociedade.

Ocorre que, diante de uma evolução do direito que torne legítima uma atividade legiferante pelo STF – que para tanto age de maneira ativista –, não é crível que tenha que relativizar direitos e garantias fundamentais essenciais ao direito penal e intrínsecos à um Estado Democrático de Direito. Ou seja, o uso do ativismo judicial no caso em tela busca dar efetividade aos direitos e garantias de um determinado grupo social, mas para tanto atropela preceitos basilares do direito, o que torna reprovável seu uso.

Dessa forma, o ativismo judicial passa a ser considerado pernicioso quando a atividade jurisdicional busca obstar a aplicação da lei, ou seja, “a subsunção é substituída por uma falsa ponderação” (FRANCO, 2018, p. 37). Assim, mesmo diante das possibilidades interpretativas que possui o órgão julgador, deve prezar pela vontade do legislador, sobretudo do Constituinte Originário, que possui competência direta para a realização da atividade legislativa, de modo que a ultrapassagem desta fronteira se mostra censurável.

## **6. CONCLUSÃO**

A separação dos poderes do Estado, além de princípio, é cláusula pétrea do direito brasileiro, fundamental para que se impeça a concentração das funções estatais em uma única entidade.

A função jurisdicional é então atribuída ao Poder Judiciário, sendo que o Supremo Tribunal Federal é o órgão responsável por resguardar a Norma Maior e, diante de seu papel de protetor constitucional, assegurar os direitos fundamentais daqueles o que aciona.

Nesse sentido, visando assegurar os direitos e garantias fundamentais das omissões do Poder Público, foram instituídos o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, os quais permitem que o Judiciário atue ativamente visando sanar as omissões legislativas.

No caso em tela, o Mandado de Injunção nº 4733 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 que foram levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal objetivaram atacar a inconstitucionalidade do legislador ante sua mora em criminalizar as condutas que atentem aos direitos e garantias fundamentais da comunidade LGBT+. Resultado disso foi declaração de inconstitucionalidade da mora legislativa do Congresso Nacional e a aplicação Lei nº 7.716/89, que trata dos delitos de racismo, para punir as condutas de homofobia a transfobia até que sobrevenha norma regulamentando a questão.

Em sede de conclusão, faz-se necessário lembrar que o objetivo central do presente artigo é analisar a compatibilidade da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733 com os princípios fundamentais do direito penal, bem

como verificar se órgão julgador atuou de maneira ativista, demonstrando se o julgamento da demanda foi compatível com os preceitos constitucionais e com as atribuições conferidas ao STF.

As práticas de homofobia e transfobia encontram-se, de fato, inseridas ao moderno conceito de racismo, que amplia sua proteção para respaldar determinados grupos sociais, sendo vedadas pela Constituição Federal, nos termos do artigo 5º, inciso XLII.

Além disso, diante do mandamento extraído do art. 5º, inciso, XLI, também da Constituição Federal, haverá punição a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais. Dessa forma, não se contesta aqui a existência de um mandado constitucional de criminalização.

Já no que tange ao instituto do ativismo judicial, é possível dizer que o Poder Constituinte permitiu ao órgão julgador reparação das omissões legislativas que afronte os direitos fundamentais ao estabelecer os mecanismos de controle de constitucionalidade. Assim, o Supremo Tribunal Federal incorreu em ativismo judicial em função da própria natureza jurídica da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção, que visam tutelar a ordem constitucional e os direitos e garantias fundamentais das omissões inconstitucionais dos demais Poderes.

Ocorre que, ao promover a manutenção da omissão legislativa, o STF deixou de observar certos direitos e garantias fundamentais constitucionais expressos e próprios do direito penal, sobretudo ao aplicar a Lei nº 7.716/89 para criminalizar as condutas de homofobia e transfobia quando inexistente norma específica que torne crime tais práticas.

Por força próprio princípio da legalidade o Supremo Tribunal Federal deveria ter realizado com parcimônia sua função de garantidor dos direitos e garantias fundamentais, pois o art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal determina que não há crime sem lei, em sentido estrito, que previamente o defina.

O princípio da legalidade possui especial relevância no direito penal, por representar um meio de contenção aos arbítrios do Estado, bem como uma forma de garantia de que não haverá o cerceamento da liberdade individual se não diante das hipóteses expressamente previstas em lei.

A isto soma-se que não foram observados os princípios da taxatividade, da anterioridade da lei penal e, especialmente, da vedação da analogia *in malam partem*, uma vez que criminalizar as condutas de homofobia e transfobia através de lei que

não traz expressamente essa ordem é exemplo claro de utilização da analogia que prejudica o acusado e é repudiada no direito penal brasileiro.

Dado o exposto, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal incorreu em ativismo judicial, mas, principalmente, violou uma série de direitos e garantias fundamentais primordiais para o direito penal, pois ainda que os direitos e garantias da comunidade LGBT+ necessitem ser protegidos de maneira incontestável, tratando-se da seara penal é de fundamental importância que a criação de um delito seja realizada unicamente pelo Poder Legislativo, que possui atribuição específica para a realização da tarefa.

É temerário coadunar-se com a decisão do STF ainda que diante de situações tão reprováveis que são os casos de homofobia e transfobia, uma vez que não se sabe quando ou como direitos e garantias fundamentais podem novamente ser relativizados, mesmo que contrariando as vontades de uma maioria, mas que tenham como fundamento uma suposta busca por justiça.

## REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** – 22. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 jun. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm)>. Acesso em: 13 out. 2019.

\_\_\_\_\_. STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 16 set. 2019.

\_\_\_\_\_. STF. MANDADO DE INJUNÇÃO N.º 4.733/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 16 de set. de 2019.

FRANCO, José Henrique Kaster. **Ativismo Judicial e Administrativo: Aspectos Penais** - Belo Horizonte: Editora D'placido, 2018.

GALINDO, Bruno. **Criminalização da homofobia, omissões inconstitucionais e diálogos institucionais**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/02/25/criminalizacao-da-homofobia-omissoes-inconstitucionais-e-dialogos-institucionais/>>. Acesso em: 16 set. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso De Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. E-book.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**. 6. ed. – São Paulo: Mastersaf, 2018. E-book.

REDLER, Ivana. **Criminalização da homofobia no STF: veja como votou cada Ministro**. Disponível em: <<https://masterjuris.com.br/criminalizacao-da-homofobia-no-stf-veja-como-votou-cada-ministro/>>. Acesso em 05 de set. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.