

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ATIVISMO JUDICIAL
NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA: CONSIDERAÇÕES
SOBRE A ADO 26**

**CONSTITUTIONALITY CONTROL AND JUDICIAL ACTIVISM IN
THE CRIMINALIZATION OF HOMOTRANSFOBIA: CONSIDERATIONS
ABOUT ADO 26**

Resumo: Os objetivos do presente trabalho são de explicar, brevemente, o controle de constitucionalidade a partir da Constituição Federal de 1988, relacionando-o com o conceito de ativismo judicial e a identidade de atuação da Suprema Corte, a partir das ações inerentes aos artigos 102 e 103 da Lei Maior. Além disso, serão feitas considerações acerca da criminalização da homofobia pela Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26 e a função delimitada e condicionada da Suprema Corte em suprir omissões legislativas. Para tanto, a discussão será feita em três momentos: 1- Elucidação acerca do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988; 2 – Indagação acerca do ativismo judicial exercido pelo STF ser garantidor de direitos fundamentais em contraposição à incidência desregrada no âmbito funcional de outros poderes; 3- Exposição sobre o julgamento da criminalização da homofobia e seus diferentes aspectos, sobretudo, buscando investigar a real possibilidade jurídica da decisão e as possíveis consequências da abertura de um precedente. Finalmente, a metodologia utilizada deu-se a partir de abordagem do tema de viés qualitativo, com procedimento técnico bibliográfico, com utilização dos resultados de maneira pura e de objetivos exploratórios.

Abstract: The objectives of this article are to explain, briefly, the control of constitutionality from the Federal Constitution of 1988, relating it to the concept of judicial activism and the identity of the Supreme Court, based on the actions inherent to the articles 102 and 103 of the Major Law. In addition, considerations will be made about the criminalization of homophobia by Direct Action of unconstitutionality by omission No. 26 and the Supreme Court's delimited and conditioned role in overcoming legislative omissions. To this end, the discussion will take place in three moments: 1- Elucidation about the Brazilian constitutionality control system, starting from the Federal Constitution of 1988; 2 - Inquiry about the judicial activism exercised by the Supreme Court to guarantee fundamental rights in opposition to the unregulated incidence in the functional scope of other powers; 3- Presentation on the judgment of the criminalization of homophobia and its different aspects, above all, seeking to investigate the real legal possibility of the decision and the possible consequences of opening a precedent. Finally, the methodology used was based on a qualitative approach, with a bibliographic technical procedure, using the results in a pure way and with exploratory objectives.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Ativismo Judicial. Criminalização da homofobia.

Keywords: Constitutionality control. Judicial Activism. Criminalization of homophobia.

1. INTRODUÇÃO

Alguns dispositivos constitucionais preveem complementação para produzirem todos os efeitos, garantido, por conseguinte a efetividade máxima da preconização constitucional. Caso haja a falta dessa regulamentação infraconstitucional, pode-se ajuizar o Mandado de Injunção ou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, sendo este realizado pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Pode-se pensar a inconstitucionalidade por omissão como uma forma de preencher uma lacuna normativa deixada pelo Legislador positivo, o qual possui devidamente a competência de legislar.

O Poder Constituinte Originário destina, intencionalmente, a tarefa de legislar a respeito de determinado assunto ao Poder Constituinte Derivado e quando o segundo omite-se no exercício de regulamentação da norma constitucional limitada, tem-se, por conseguinte, a inconstitucionalidade por omissão.

Respeitando-se a sistemática da Constituição Federal de 1988 e o princípio da separação de poderes, o STF deve comunicar ao Poder Legislativo a necessidade do fazer de uma norma que possa regular matéria deixada em aberto, e quando não o fizer, é competência da Suprema Corte suprir a omissão, a fim de garantir a eficácia das normas constitucionais e o exercício dos direitos.

Assim, a relevância inerente à presente discussão está em investigar a relação entre o ativismo judicial – observado na ampliação das função jurisdicional do STF a partir do enfoque constitucional ao controle concentrado – e o sistema de atuação da Suprema Corte ao assegurar direitos fundamentais, porém, questiona-se a utilização de mecanismos bastante delimitados pela própria Constituição, sob pena de desequilíbrio entre os poderes e possíveis arbitrariedades.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988 declarou mudanças significativas no que tange a diversos aspectos jurídicos, servindo posteriormente de alicerce para as decorrentes criações normativas. Ao instituir claramente o viés social às normas constitucionais, setores diferentes foram representados na Lei Maior. No tocante ao controle de constitucionalidade, a norma máxima atentou-se ao controle concentrado de constitucionalidade, o qual foi teorizado pelo jurista Hans Kelsen a partir da ideia de uma Corte Constitucional capaz de atuar como legislador negativo, retirando normas inconstitucionais do ordenamento jurídico.¹ A respeito do tema, confira:

(...) O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO : A ação direta de não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo inconstitucionalidade Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador. (...)²

Assim, o Supremo Tribunal Federal, em sede controle concentrado de constitucionalidade, é responsável por proteger as normas constitucionais, impugnando dispositivos normativos que vão de encontro aos valores inerentes à Lei Maior, fato que é previsto no artigo 102, I, “a” da Constituição Federal de 1988.

Não obstante, o sistema misto de controle de constitucionalidade foi consagrado a partir do modelo norte-americano e o caso *Marbury vs Madison* e o *judicial review*.³ Desse modo, há também o controle difuso de constitucionalidade, o qual permite ao magistrado ou órgão colegiado a função de, sob análise do caso concreto, averiguar a compatibilidade entre a lei ou ato normativo e a Constituição Federal de 1988, podendo afastar sua incidência e não aplicá-los ao caso.

O artigo 102, III da Constituição Federal de 1988 ainda discute a hipótese do processo que é arguida a inconstitucionalidade normativa ser julgado pelo STF, mediante recurso extraordinário, passando de efeito *inter partes* (entre as partes do processo) para efeito *erga omnes* (contra todos).

¹ Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

² ADInMCQO 1.063/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 27-4-2001, p. 57.

³ Saramago Stern, Ana Luiza. “ O caso *Marbury vs Madison*: o nascimento do *judicial review* como aspecto político”, Revista Direito e Liberdade, v.18, n.3, 2016, Natal/RN, Tribunal de Justiça do RN, p.193-212.

Luiz Roberto Barroso⁴ atesta que o controle de constitucionalidade pressupõe a proteção dos direitos minoritários, a partir da existência de valores materiais invioláveis. Esta perspectiva pode explicar a inovação da Constituição Federal ao ampliar o rol de legitimados ativos para propor ação direta de constitucionalidade e ação de inconstitucionalidade,⁵ uma vez que a proteção constitucional se torna maior pela amplitude de “fiscais” de inconstitucionalidade. Entretanto, exige-se pertinência subjetiva entre os legitimados do artigo 103 e o assunto em debate na ADI, nas palavras do ministro Celso de Mello:

É importante rememorar, neste ponto, que o requisito da pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa ‘*ad causam*’ para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade (grifo do autor).⁶

É válido mencionar ainda as ações previstas constitucionalmente e sua incidência na ordem jurídica como mecanismos de defesa da Constituição, são elas Ação direta de inconstitucionalidade (ADI), Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) – instituída a partir da Emenda Constitucional n.3/ 1993- , Ação direta de inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Como sustenta Paulo Bonavides⁷, a ADI representa essencial mecanismo de proteção constitucional, através do exame de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, sendo a Suprema Corte brasileira competente para julgá-la.

⁴ Barroso Luis Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

⁵ Constituição de 1988: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”

⁶ STF, ADI 1.157, Relator: CELSO DE MELLO, julgado em 01/12/1994, TRIBUNAL PLENO, DJ: 17/11/2006.

⁷ Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25.ed, São Paulo: Malheiros, 2010.

A Constituinte de 87/88 também criou a Ação direta de inconstitucionalidade por Omissão (artigo 103, §2º) , instituto capaz de destinar ao STF o dever de suprir a omissão legislativa em relação à complementação ou regulamentação de preceito constitucional, o que, nas palavras de Bonavides “invalidou alguns avanços básicos do Estado Social brasileiro”.

Em 1993, através da Emenda Constitucional n.3, foi criada a Ação declaratória de constitucionalidade, também de competência do STF e detentora dos mesmos legitimados ativos da ADI, vindo a ratificar expressamente a compatibilidade de lei ou ato normativo à Constituição, ao passo que estimula-se a existência de decisões judiciais conflitantes a respeito do objeto da ação.

De acordo com o artigo 1º, caput da Lei 9.882/1999 a ADPF, contida no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal será proposta diante do STF e terá por finalidade reparar dano a preceito fundamental causado por ato do Poder Público. As garantias fundamentais são divididas em: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

3. ATIVISMO JUDICIAL: STF COMO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Como demonstrado, o controle concentrado de constitucionalidade possibilitou ampliação de competências ao STF, a partir das quatro ações que o compõem. Assim, torna-se cabível uma breve discussão acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal em consonância ao tema do ativismo judicial, o qual, por muitas vezes assume uma posição negativa e até mesmo arbitrária no que tange à extensão de poderes do Judiciário.

Vanice Regina do Valle ⁸ conclui que o termo “ativismo judicial” não encontra consenso. Há o ativismo jurisdicional e o extrajudicial, uma vez que o primeiro ocorre no âmbito da prestação jurisdicional e o segundo na forma como os magistrados se comportam frente aos demais poderes e à sociedade, podendo ser, por muitas vezes,

⁸ Valle, Vanice Regina Lírio (org.). *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

tratados como “heróis” pela opinião pública. Como é sustentado por Elival da Silva Ramos:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. [...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (grifo do autor) ⁹

Para o autor mencionado, o ativismo judicial claramente assume uma posição negativa. A interferência desordenada de um poder na órbita do outro caracteriza atentado à ordem constitucional e à separação de poderes. Em sede de controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário pode atuar somente como legislador negativo e não positivo, uma vez que esta é função típica do Poder Legislativo.

Essa dimensão é correta, porém, torna-se necessário mencionar que o ativismo judicial também está ligado à evolução social e às novas demandas necessárias no que concerne à produção normativa. Não obstante, pode-se dizer que o ativismo judicial também pode assegurar o cumprimento de direitos fundamentais?

A atuação do Supremo Tribunal Federal, além de uma dimensão negativa, ou seja, da retirada do ordenamento de uma norma infraconstitucional que vai de encontro aos valores da Constituição, também possui um viés positivo na supressão de omissão normativa por parte do Poder Legislativo, através da ADO e do mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal de 1998).

Luis Roberto Barroso atesta que o ativismo judicial associa-se a uma participação mais ampla do Judiciário em assegurar as finalidades constitucionais e que uma das condutas formadoras deste conceito é aplicação da Constituição de uma forma não necessariamente contemplada expressamente em seu texto e independentemente de manifestação do Poder Legislativo. ¹⁰

⁹ Ramos, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁰ Barroso, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Como sustenta Bulos,¹¹ respeitando-se, obviamente os limites constitucionais, a partir da perdura da omissão total ou parcial do Legislativo, o Judiciário deve disciplinar a matéria temporariamente a fim de proteger direitos fundamentais e indispensáveis ao usufruto das garantias previstas na Lei Maior. Por conseguinte, tal lacuna seria preenchida através do remédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão.

O objetivo desse remédio constitucional é tornar o Poder Legislativo ciente da lacuna constitucional provocada pela falta de norma que a regule, sendo incabível a permanência de tal omissão, uma vez que os direitos fundamentais devem ser protegidos e plenamente exequíveis.

Partindo-se do pressuposto de Barroso que o ativismo judicial é uma atitude, tem-se que este pode ser utilizado para assegurar direitos fundamentais. O ativismo judicial pode ser pensado na ideia de que o intérprete leva o texto constitucional à outra dimensão não prevista, ao menos de forma integral, expressamente pelo Constituinte, mas que, pensando no espírito constitucional, não faltou intenção, mas previsão.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal encontra dificuldades em sistematizar a ocorrência da inconstitucionalidade por omissão. Pode-se citar como exemplo a atribuição de legislador positivo – competência exercida exclusivamente pelo Congresso Nacional – à Suprema Corte devido, recentemente, ao caso da ADO nº 26, a qual criminaliza a homotransfobia.

4. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA E A ADO 26

Partindo do pressuposto da omissão constitucional do Poder Legislativo, a Suprema Corte julga a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, decidindo-a partir da proposta do Partido Popular Socialista (PPS) – julgar a criminalização da homotransfobia do Brasil, dados os índices alarmantes de oriundos de tal motivação e, em consonância, a falta de especificidade normativa para tipificar a conduta.

Assim, foi decidido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional do crime de racismo, partindo-se do pressuposto da

¹¹ Bulos, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

interpretação conforme a Constituição, fato que levou ao entendimento de que a população LGBT constituiria uma raça. Foi enquadrada a tipicidade do crime na Lei 7.716/1989, a qual disciplina os crimes resultantes de raça ou cor.

O relator da ação ministro Celso de Mello, julgou procedente a ADO, com efeitos vinculantes e eficácia geral, visando a reconhecer definitivamente a mora legislativa em resguardar tais direitos, fundamentando-se a partir dos mandados constitucionais de incriminação pautados no artigo 5º, incisos XLI e XLII da Constituição Federal de 1988.

A Suprema Corte, anteriormente, na ADI 4277 e ADPF 132, interpretou o texto normativo considerando que, diante do conservadorismo ainda preponderante do Legislativo brasileiro, bem como perante a função do Judiciário de tutelar direitos fundamentais, tornava-se necessário o reconhecimento a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a partir da observância ao artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988:

Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.¹²

Seguindo na mesma direção, o STF também utilizou a realidade sócio-político-cultural como fundamento para criminalizar a homotransfobia, o que é plenamente aceitável e, assim como pensando na condição do Supremo Tribunal Federal de responsável pela guarda da Constituição, devendo agir para sanar as inconstitucionalidades, não obstante, existem limites inerentes a esse tipo de “protagonismo” por parte da Plenário.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, constata a não interferência do Judiciário no âmbito funcional do Legislativo ao passo que o supremo não criou norma penal incriminadora, e sim, adequou a conduta a um preceito normativo que já existia.¹³

¹² STF – APDF 132/RJ, Voto do Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 5/5/2011.

¹³ BRASIL, STF, Mello, voto em plenário, ADO no. 26, 2019.

Porém, é preciso ter bastante cuidado ao “adequar” conceitos às normas, sob pena de efetivamente poder-se interpretar a atuação como de legislador positivo.

Não há como discordar que o ativismo judicial na Ação direta de inconstitucionalidade por omissão serviu para assegurar direitos fundamentais à comunidade LGBT. Entretanto, pode-se abrir um precedente para que o STF possa, mais uma vez, utilizar-se de conceitos abstratos para atender às finalidades que deseja, fato que constitui grave impasse para a segurança jurídica.

Ao passo que o Supremo Tribunal Federal lança mão do ativismo judicial a partir da abrangência de dispositivos constitucionais para ratificar direitos e garantias básicas a grupos minoritários, pode-se afirmar que tal protagonismo está fora do âmbito da arbitrariedade. A preocupação é na constância desse tipo de atuação, podendo vir a beneficiar, inclusive, vontades unilaterais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de constitucionalidade em abstrato é, sem dúvidas, um mecanismo de ratificação da ordem constitucional. O resguardo aos preceitos inerentes à Constituição é a fim de proteger, não somente os direitos e garantias fundamentais, mas também o Estado, as instituições e o próprio ordenamento jurídico, tornando-o coeso.

Assim, o STF, em expressa exigência, julga as ações, as quais são fundamentadas a partir da imperiosidade dos preceitos constitucionais e a validade – formal e material – das normas infraconstitucionais a partir da Lei Maior. Nesse sentido, o ativismo judicial surge a partir da realidade do Poder Judiciário tornando-se protagonista das grandes mudanças no corpo social. Tal perspectiva possui vieses negativos e positivos, uma vez que, ao mesmo tempo que o STF pode assegurar direitos fundamentais, torna-se passível a incidência desordenada no âmbito de competência de outro poder, passando de atuação legislativa negativa para atuação positiva.

Por fim, o julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade nº 26, a qual criminaliza a homotransfobia, demonstra que houve sim uma adequação da conduta ao preceito constitucional que disciplina o racismo, o que pode ser perigoso em termos de segurança jurídica. Observa-se que no caso do ativismo judicial que instituiu a união estável para casais homoafetivos não foi necessário adequar esse valor ao dispositivo

normativo, ao passo que toda a Constituição já possui o aspecto de igualdade material, podendo fixar o entendimento de que a intenção do Constituinte não foi de delimitar a união estável apenas ao homem e à mulher, e sim, a ausência de previsibilidade.

REFERÊNCIAS

Barroso, Luis Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

Barroso, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25.ed, São Paulo: Malheiros, 2010.

Bulos, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Ramos, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

Saramago Stern, Ana Luiza. “ O caso *Marbury vs Madison*: o nascimento do *judicial review* como aspecto político”, Revista Direito e Liberdade, v.18, n.3, 2016, Natal/RN, Tribunal de Justiça do RN, p.193-212.

Supremo Tribunal Federal, ADI 1.157, Relator: Celso de Mello, julgado em 01/12/1994, Tribunal Pleno, DJ: 17/11/2006.

Supremo Tribunal Federal, ADI 132/RJ, Relator: Ayres Britto, julgado em 05/05/2011.

Supremo Tribunal Federal, ADO 26/DF, Relator: Celso de Mello, julgado em 12/06/2019.

Supremo Tribunal Federal, ADI 1480/DF, Relator: Celso de Mello, julgado em 26/11/2001.

Valle, Vanice Regina Lírio (org.). Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.