



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOAQUIM GUSTAVO BAMBERG CARVALHO ROCHA DA SILVA

ATIVISMO JUDICIAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

A atuação da corte no julgamento da ADO 26 e MI 4733

Salvador

2019

JOAQUIM GUSTAVO BAMBERG CARVALHO ROCHA DA SILVA

ATIVISMO JUDICIAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

A atuação da corte no julgamento da ADO 26 e MI 4733

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Camila Magalhães Carvalho.

Salvador

2019

JOAQUIM GUSTAVO BAMBERG CARVALHO ROCHA DA SILVA

ATIVISMO JUDICIAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A atuação da corte no julgamento da ADO 26 e MI 4733

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito de obtenção do diploma de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Camila Magalhães Carvalho.

Aprovado em: ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Orientadora: Professora Doutora Camila Magalhães Carvalho
Universidade Federal da Bahia

Examinador: Professor Doutor Jaime Barreiros Neto
Universidade Federal da Bahia

Examinador: Professor Mestre Lucas Rego Silva Rodrigues

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais por sempre terem acreditado em mim e me propiciado todo o suporte que precisei para que fosse possível chegar até aqui. Não somente por terem me apoiado integral e incondicionalmente nas escolhas que fiz, também por dedicarem uma parcela de suas vidas à minha formação como ser humano. À meu querido irmão, Guilherme, amigo e companheiro de sempre.

Aos amigos que fiz na graduação e que tornaram os dias de aula mais leves e agradáveis. Aos mestres que tive - e à FDUFBA – pelo aprendizado e privilégio da formação acadêmica de excelência.

À professora Camila Carvalho, por aceitar ser minha orientadora e ter sido solícita e prestativa.

RESUMO

Este trabalho tem como objeto de estudo a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da ADO 26 e MI 4733, no qual a Corte brasileira decidiu pela criminalização da conduta homotransfóbica. O objeto será analisado à luz do fenômeno do ativismo judicial. O ativismo judicial pode ser entendido como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, ultrapassando as linhas demarcatórias da separação de poderes. Nesse sentido, foi realizada, no âmbito desta monografia, uma análise dos votos proferidos dos ministros no julgamento conjunto da ADO 26 e MI4733, buscando compreender em que medida a interpretação extensiva da Lei de Racismo (Lei nº7.716/89), para enquadrar racismo como a discriminação contra a população LGBTQ+, extrapola as funções típicas do Poder Judiciário, incorrendo o STF numa atuação “ativista”. Para tanto, o fenômeno do ativismo será analisado no âmbito do contexto histórico constitucional brasileiro e do uso de instrumentos judiciais de controle de constitucionalidade, principalmente, sobre atos omissivos do Poder Legislativo. Assim, o objetivo geral é discutir os limites de atuação da Suprema Corte na efetivação de direitos fundamentais por meio do estudo de caso de criminalização da homotransfobia. Os objetivos específicos são delimitar e conceituar o fenômeno do ativismo judicial; contextualizar o cenário do constitucionalismo brasileiro e a problemática da constituição dirigente; explanar a judicialização pós CF/88; tratar do controle de constitucionalidade por omissão do legislativo.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Ativismo Judicial. Constituição. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

This undergraduate thesis has as object of study the trial of ADO 26 and MI 4733, in which the Brazilian Court decided for the criminalization of homotransphobic conduct. The object will be analyzed from the perspective of the phenomenon of judicial activism. Judicial activism can be understood as the exercise of jurisdictional function beyond the limits imposed by the legal system, going beyond the threshold of the separation of powers. In this sense, an analysis of the votes of the ministers issued at the decision of ADO 26 and MI4733 was conducted within the scope of this monograph, seeking to understand to what extent the extensive interpretation of the Racism Law (Law No. 7,716 / 89), to frame racism, such as discrimination against the LGBT + population, goes beyond the typical functions of the judiciary, with the Supreme Court acting in an "activist" manner. To this end, the phenomenon of activism will be analyzed in the context of the Brazilian constitutional historical context and the use of judicial instruments to control constitutionality, especially on omissive acts of the Legislative Power. Thus, the general objective is to discuss the limits of the Supreme Court's performance in the enforcement of fundamental rights through the case study of the criminalization of homotransphobia. The specific objectives are to delimit and conceptualize the phenomenon of judicial activism; contextualize the scenario of Brazilian constitutionalism and the problematic of the governing constitution; explain the post CF / 88 judicialization; address constitutionality control by omission of the legislature.

Keywords: Supremo Tribunal Federal. Judicial Activism. Constitution. Constitucionality control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. ATIVISMO JUDICIAL.....	09
1.1 Conceitos e definições.....	09
1.2 Sistema tripartite, freios e contrapesos.....	13
1.3 Origens da concepção hodierna do ativismo judicial.....	19
1.4 O constitucionalismo brasileiro e a problemática da constituição dirigente.....	23
1.5 A judicialização pós constituição federal de 1988 e suas bases teóricas.....	29
2. STF E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	38
2.1 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	42
2.2 Do Mandado de Injunção.....	48
3. DO JULGAMENTO DA ADO 26 E DO MI 4733.....	53
3.1 Dos votos.....	55
3.1.1 MI 4733.....	55
3.1.2 ADO 26.....	57
3.1.3 Votos do plenário.....	60
3.1.4 Ementa do julgamento.....	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS.....	68

INTRODUÇÃO

No atual panorama, o Supremo Tribunal Federal tem sido alçado a um posto de protagonismo dentro das instituições brasileiras, circunstância esta estimulada pelo fato de que o seu funcionamento é cada vez mais acompanhado pela sociedade, na medida em que as decisões da corte são transmitidas e reportadas cotidianamente nos noticiários.

Tem-se que o Supremo emerge, talvez, como a instância mais relevante dentro de uma verdadeira “queda de braço” instaurada entre os poderes da República, tornando-se a instância decisória máxima dentro do país, em virtude de que os fatos de relevância significativa na vida pública brasileira acabam por desaguar, cedo ou tarde, naquela Corte.

Com o acréscimo do número de demandas levadas ao Poder Judiciário, emerge uma crescente preocupação acerca dos limites capazes de serem opostos à atuação do Poder Judiciário quanto à resolução dessas controvérsias, mormente quanto ao desempenho de suas funções precípua entabuladas pela Constituição Federal de 1988.

Com tais considerações, este trabalho tem como objeto de estudo a atuação do Supremo Tribunal Federal - sob a perspectiva do fenômeno do ativismo judicial - no julgamento conjunto da Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão nº 26 e Mandado de Injunção nº 4.733, que teve como resultado a criminalização da conduta da homotransfobia.

Para tanto, versará sobre a problemática do ativismo judicial no contexto do cenário brasileiro pós Constituição de 1988, concentrando-se na atuação do Supremo Tribunal Federal no Controle de (in)constitucionalidade por omissão do Poder Legislativo. Mais especificamente, no uso dos instrumentos específicos para tal controle – quais sejam, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção.

No decorrer do trabalho, serão realizadas considerações acerca do que se compreende como ativismo judicial – buscando-se estabelecer uma definição para o fenômeno, bem como traçar a origem da acepção moderna de ativismo. Versará

ainda, sobre o sistema de tripartição de poderes e funções principais deste.

Outras questões acessórias, mas não menos importantes, também serão tratadas. Tais como o constitucionalismo brasileiro e a problemática da constituição dirigente, bem como a crescente judicialização pós Constituição de 1988.

Por fim, serão analisados os votos do julgamento do STF que declarou a mora do Congresso Nacional na edição de legislação atinente à criminalização da conduta de homotransfobia, bem como se a corte desempenhou sua função de guardiã da constituição e das garantias fundamentais previstas na Carta Magna.

A elaboração deste trabalho se justifica pela relevância da análise contemporânea do ativismo judicial. Ainda que não se pretenda esgotar a temática escolhida, serve como ponto de partida para se discutir de maneira mais aprofundada a problemática do ativismo judicial no STF, sobretudo numa época em que muito se discute a legitimidade do tribunal nas decisões de questões de cunho político e social.

Neste caso, tem-se como relevante discutir os limites de atuação da suprema corte brasileira, já que ela possui uma miríade de atribuições – por vezes muito criticada por parte da doutrina como por demais dilatada – no controle de constitucionalidade, e o fato da mais alta corte do país decidir sobre conflitos que vão desde os mais complexos aos mais rotineiros.

Assim, é relevante a busca da compreensão do fenômeno do ativismo no âmbito da suprema corte brasileira, uma vez que o tribunal tem sido constantemente instado a se pronunciar em demandas que, por vezes, implicam na fuga de suas atribuições precípuas.

1. ATIVISMO JUDICIAL

1.1 Conceitos e definições

Um dos temas mais debatidos na contemporaneidade, o ativismo judicial ultrapassou as barreiras da doutrina jurídica e passou a ser objeto de forte discussão na sociedade. Se outrora estava adstrito ao meio jurídico, sobretudo no âmbito da academia, hodiernamente, a temática do ativismo judicial tornou-se cada vez mais corriqueira, especialmente quando está atrelada ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Induvidosamente, a atuação do STF tem figurado nos noticiários com frequência cada vez maior. Numa perspectiva de senso comum essa maior notoriedade do STF traz, aparentemente, um maior interesse da sociedade de discutir e questionar as atividades daquela corte. Ainda mais em um contexto histórico em que se debate o papel da suprema corte brasileira nas questões que refletem diretamente no cenário social e político brasileiro.

Não obstante tenha se tornado assunto cada vez mais presente entre as mais diversas camadas da sociedade, pouco se discute acerca do significado da expressão ativismo judicial. Portanto, é de fundamental importância - para o desenvolvimento deste trabalho - traçar e delinear conceitos acerca do fenômeno. Contudo, não se aventa, aqui, a possibilidade de se exaurir a temática, principalmente pela complexidade do tema e das dificuldades inerentes à sua própria conceituação.

O primeiro ponto a ser abordado remete à problemática da sua dificuldade de conceituação. Sabe-se que, no direito, como tantas outras disciplinas, dificilmente há unanimidade sobre um determinado assunto, ainda mais quando se trata do que é o ativismo judicial. Essa dificuldade de conceituação se torna ainda maior em virtude do uso pejorativo e indiscriminado da expressão. Carlos Alexandre de Azevedo Campos aponta, objetivamente, para a multiplicidade de definições e observa essa valoração negativa da terminologia, o que acaba por dificultar uma definição coerente e esvaziar o uso da expressão:

Para a maioria dos que se debruçam sobre o tema, os juízes ativistas são sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes, de modo que o termo acaba servindo como substituto para excesso judicial. Para outros, porém, os juízes e as cortes devem agir de modo mais assertivo em nome dos direitos da liberdade e igualdade diante da inércia ou abuso de poder por parte de outros atores políticos e instituições. (CAMPOS, 2014, p.149)

Afirma, ainda, que mesmo sendo o fenômeno tão discutido – e empregado com carga valorativa negativa - as críticas acerca do ativismo judicial carecem de balizas para sua identificação e avaliação (CAMPOS, 2014, p. 150). A dificuldade de se obter um consenso sobre o que é o ativismo judicial é, também, inerente ao próprio modelo do ordenamento jurídico e da organização política do Estado. Sobre este aspecto será dedicado, neste trabalho, um ponto para explicitar a origem histórica da discussão do ativismo judicial.

Justamente por esta dificuldade de conceituação, Campos (2014) entende pelo que ele chama de abordagem multidimensional do ativismo judicial:

A complexidade do ativismo judicial revela-se particularmente, na forma como se manifestam as decisões ativistas. Essas decisões apresentam diferentes dimensões, e não apenas forma única de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. Há múltiplos indicadores do ativismo judicial como a interpretação expansiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, a criação judicial de normas gerais e abstratas, etc. Assumir esta perspectiva transforma a identificação do ativismo em uma empreitada mais completa e segura. (CAMPOS, 2014, pg. 163)

Por outro lado Elival da Silva Ramos (2014) trata de conceituar o ativismo judicial de modo mais amplo, buscando não restringir-se a um sistema jurídico específico - muito embora revele que certos aspectos estão ligados diretamente ao modelo constitucional adotado pelo ordenamento de natureza romano-germânica, onde viceja o princípio da separação de poderes. Neste sentido define o ativismo judicial como:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS, 2014, p. 1891)

Assim como Campos (2014), Ramos (2014) menciona a conotação negativa comumente atribuída ao ativismo judicial “por importar na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes” (p. 1895). Não obstante, pondera que não há necessariamente um sentido negativo na expressão com alusão a uma determinada prática jurisdicional. Lado outro, revela que tal conduta proporciona, *latu sensu*, “adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao ‘passivismo’ (2014, p. 1605) do judiciário.

Na tese de mestrado “Ativismo ou Altivez? O outro Lado do Supremo Tribunal Federal”, Saul Tourinho Leal aborda que o ativismo está atrelado à concepção de “transferência do poder decisório da multiplicidade de assuntos tratados nos Poderes Executivo e Legislativo” (2008, p. 20)

Nesta mesma linha de raciocínio, Luís Roberto Barroso (2013) traz uma concepção de ativismo judicial que remete à ideia de que o fenômeno está intimamente ligado à possibilidade de uma materialização de direitos previstos na Constituição e, por muitas vezes, esquecidos pelos demais poderes (legislativo e executivo):

[...] está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. (BARROSO, 2013, p. 234)

Contudo, há de se observar que essa “ocupação de espaços vazios”, implica, necessariamente, em uma interferência ostensiva do Poder Judiciário em áreas cujas atribuições foram designadas aos outros poderes. Ramos (2014), com bastante percuciência, trata de alertar para essa ocupação:

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. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2014, p. 1709).

Tais premissas demonstram que o ativismo judicial evidencia um panorama em que o Poder Judiciário se coloca em situação fronteira. A jurisdição, neste caso, com o chamado ativismo, extrapolaria as suas funções, distanciando-se de suas balizas – referenciais - e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis num estado onde vigora o sistema tripartite de poderes. Não somente se distanciaria, desnaturaria a atividade típica do próprio Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes, maculando o próprio Estado democrático de direito.

Tem-se, então, a evidente contraposição entre o ativismo judicial e os preceitos entabulados pela própria Constituição no Estado Democrático. De um lado o cenário em que o ativismo seria, *per se*, contrário à Constituição e ao direito, já que descaracterizaria a função típica do Poder Judiciário, infringindo sobre o núcleo central das funções de outros poderes. O judiciário, deste modo, estaria deixando de seguir estritamente o ordenamento jurídico, não somente interpretando-o, mas desempenhando verdadeiro papel criativo na elaboração de leis.

Numa outra perspectiva, contrária à essa concepção de violação da separação de poderes, afirma-se que o problema normativo se coloca em novos termos, isto porque os próprios parâmetros legais se tonaram, ou inadequados, ou insuficientes, o que justificaria o ativismo judicial, de modo a se tornar um desdobramento não só do dever do judiciário de interpretar as leis, mas também de efetivar direitos face à omissão Legislativa ou do Executivo.

Elival Ramos, com bastante percuciência, define o ativismo judicial desta forma:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções

não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2014, 4770-4775)

Para todos os efeitos, a análise do fenômeno do ativismo judicial, nesta monografia, será pautada com base, principalmente, nas ponderações realizadas por Elival Ramos. Portanto, adotar-se-á, de modo sintético, como fenômeno do ativismo judicial a extrapolação dos limites de atribuições impostos pelo ordenamento jurídico Estatal, na medida em que o judiciário se posiciona de modo a expandir o seu alcance e interferir de maneira significativa nas atribuições dos demais poderes.

1.2 Sistema tripartite, freios e contrapesos.

Como visto, uma das decorrências naturais do fenômeno do ativismo judicial é a extrapolação dos limites de atuação do Poder Judiciário entabulados pelo ordenamento jurídico Estatal. Teixeira (2012) trata desta questão observando que um dos primeiros pontos a serem considerados – no que diz respeito ao ativismo judicial – é a possível ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes. Revela que a crítica busca se concentrar neste argumento para tentar retirar a legitimidade do fenômeno. Para discutir esta concepção, alerta que o problema ultrapassa uma simples ofensa ao referido princípio, afirma que trata-se de “uma confusão conceitual e funcional entre Direito e Política” (2012, p. 42):

O ativismo judicial é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno; este se revela incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem em um ritmo frenético no seio da sua própria população. A Política encontra-se acometida pela burocracia – e progressiva burocratização – do Estado, pela insuficiência regulatória, pelo descompasso frente à realidade social e pelo déficit de legitimidade que as democracias ocidentais apresentam quando comparadas com os ideais sociais e expectativas populares que suas respectivas sociedades projetam. Mais do que uma discussão acerca da separação dos poderes, o ativismo judicial nos propõe uma discussão acerca do que atualmente representam os limites entre Direito e Política. (TEIXEIRA, 2012, p. 44)

Neste momento, se faz necessária uma breve digressão acerca do princípio da separação de poderes. O sistema tripartite de poderes tem sua concepção moderna formulada por Montesquieu na singular, e tão reverenciada, obra “O espírito das Leis”, cujos conceitos se solidificaram como os pilares fundamentais da doutrina em ciência política. O preceito fundamental da obra diz respeito à formação do Estado, sendo este composto por um sistema dividido entre três poderes: legislativo, executivo e judiciário. Todos atuam de modo independente, contudo, em consonância entre si. (DALLARI, 2007, p. 220).

Ramos (2014) também dedica parte de sua obra para definir o princípio:

O princípio da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados. A esse propósito, importa ter presente que, em contraposição à função legislativa, a atividade jurisdicional opera em escalão inferior da ordem jurídica e se volta, precipuamente, à atuação de atos normativos superiores, contribuindo, apenas, moderada e limitadamente, na modelagem do conteúdo desses atos. (RAMOS, 2014, p. 4762)

Com a divisão das atribuições Estatais em diferentes poderes, o intuito é vedar a concentração em um único órgão representante ou governante, de modo a evitar desvios e arbitrariedades. Tal concepção foi amplamente adotada pelos Estados modernos, sendo inserta, inclusive, na Constituição Federal do Brasil como cláusula pétreia:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
(...)
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
(...)
III - a separação dos Poderes

Nesse sentido, conquanto a separação dessas funções entre os respectivos Poderes seja imprescindível à prevenção contra o abuso do Poder, cabendo a cada um deles o exercício de uma determinada função típica de forma independente, há uma interação entre eles, na medida em cada Poder exerce, além de suas atribuições típicas, funções atípicas e um controle sobre os demais Poderes. Trata-se do modelo conhecido como freios e contrapesos (ANDRADE e BORBA, 2013, p. 406).

Em sua obra *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Dalmo Dallari explana o sistema de freios e contrapesos:

O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências. (DALLARI, 2007, p. 119)

Contudo, o doutrinador critica o mero formalismo do sistema tripartite de poderes e freios e contrapesos, na medida em que – sob sua ótica, na prática – jamais fora praticado, o que dá contornos de certa fluidez dos poderes nos exercícios de suas funções precípuas bem como atípicas:

A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação. (DALLARI, 2007, p. 120)

Com estas considerações iniciais, importante que se tenham algumas ponderações acerca das funções típicas de cada um desses órgãos (poderes) no sistema tripartite. Além disso, ainda que brevemente, deve ser observado se tais atribuições estão sendo desempenhadas estritamente nos ditames Constitucionais estabelecidos ou se verifica o cenário exposto na crítica elaborada por Dallari (2007).

Como visto, são três as funções principais do Estado. Em um primeiro plano deve ser analisada a função legislativa que, como será visto mais adiante neste

trabalho – quando será analisado o julgamento da criminalização da homotransfobia pelo STF - não vem sendo cumprida de modo satisfatório, ainda mais em um contexto em que se discute uma suposta crise no sistema representativo, mormente pela falta de proteção às minorias políticas.

O artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal, prevê que “todo o poder emana do povo”. Não obstante, a despeito de os membros do Poder Legislativo serem democraticamente eleitos pelos cidadãos, apenas sob uma ótica muito distante da realidade poderia se considerar que, de fato, o poder emana do povo. São muitos os fatores que envolvem esta discussão e, mais uma vez, este trabalho não tem qualquer pretensão de realizar incursão a fundo no problema, sequer de esgotá-lo.

Primeiro porque muito se discute acerca da forma pela qual os membros do Poder Legislativo são escolhidos, seja quanto ao sistema eleitoral proporcional, no caso da Câmara dos Deputados, ou no que tange ao acesso do eleitor à totalidade dos candidatos e às efetivas propostas¹ destes. Por conseguinte, observa-se uma crise no sistema representativo na própria fase de escolha dos supostos representantes da vontade popular. Contudo, após eleitos para, em tese, representarem os interesses daqueles que os elegeram, muitos desses eleitos submetem-se às pressões de certos grupos ou a *lobbies*:

A ampliação do cenário político aceita a participação de atores invisíveis, ou seja, que acabam tendo influência no processo decisório das grandes questões político-institucionais do país, o que gera a total ausência de responsabilidade. Esse é o grande problema dos *lobbies*, pois são grupos profissionalizados que atuam nos bastidores do poder, sem nenhuma regulamentação e sem responsabilidade pelas pressões camufladas que exercem. (MORAES, 2013, p. 41).

Assim, para além de não existir a certeza de que aqueles que compõem o Poder Legislativo de fato lá estão por uma escolha da maioria do povo, passa-se a questionar se eles efetivamente estão a serviço deste ou de determinados grupos de pressão. Além disso, aqui não se abordará outros dois vícios no desempenho de suas funções pelo Poder Legislativo: a problemática da corrupção em *latu sensu* e o uso do mandato político e ocupação de cargo público para interesses pessoais. Tais

¹ Muito se discute acerca da disparidade imanente ao modelo adotado de propaganda eleitoral gratuita, uma vez que não é igualitária. Neste sentido, entende-se que tal modelo, via de regra, acaba por induzir ao eleitor a naturalmente não despender atenção à candidatos que dispõem de tempo demasiadamente reduzido em comparação com outros candidatos com chapas e/ou partidos com maior tempo à disposição.

problemáticas demandariam uma análise mais detida, específica, não obstante esses vícios também estejam presentes nos outros Poderes. Outra situação que enseja o questionamento da atuação do Poder Legislativo é a reduzida proteção normativa conferida às chamadas minorias políticas.

Importante rememorar que, somente por ocasião da atuação do Judiciário, pessoas pertencentes ao mesmo sexo puderam ter reconhecidas as suas uniões estáveis², uma vez que não havia previsão legal – competência legislativa - que dispusesse sobre tal possibilidade. Outro caso que demonstra que o Poder Legislativo não vem cumprindo suas atribuições conferidas na Carta Constitucional diz respeito à temática que será abordada em capítulo oportuno, qual seja, a criminalização da conduta da homotransfobia.

Por estas razões, ainda que de modo perfunctório, pode se perceber que são incontáveis os episódios e casos em que o poder legislativo, por sua omissão - ou mesmo sua ineficiência na produção de leis - demonstra não cumprir a contento a sua função típica, o que provoca, decerto, a mobilização de outros poderes. Conforme o entendimento de Rodrigo Augusto de Oliveira:

(...) o processo legislativo não se mostrou apto à tarefa de estabelecer normas voltadas à direção da economia e à realização das metas perfilhadas pelos partidos políticos, revelando-se a batalha em torno da lei incompatível com a planificação necessária à satisfação das exigências do Estado do Bem-Estar Social, em que a economia é dinâmica e sujeita a fatores imponderáveis, demandando flexibilidade de intervenção incompatível com a rigidez normativa, de modo que, na prática, cada grupo social busca a alteração dos projetos de lei nos pontos que atingem seus interesses diretos, além de existirem matérias que demandam conhecimento especializado não encontrado nas assembleias parlamentares ou não condizentes com morosa deliberação congressual aberta ao debate, à obstrução e ao sigilo, disto também derivando o crescimento da delegação legislativa e da conseqüente assunção de função normativa atípica por parte do Poder Judiciário. (OLIVEIRA, 2019, p 372)

Na esfera do Poder Executivo, tautologicamente, a sua função precípua é a de executar, administrar. Como preceitua José dos Santos Carvalho Filho, “dever ter como objetivo o alcance dos fins colimados pela ordem jurídica”. (2014, p. 05).

² O Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva por ocasião dos julgamentos da ADI nº4277 e ADPF 132: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>

Notoriamente, tais objetivos não são alcançados em sua plenitude, uma vez que tem-se patente a precariedade de efetivação de direitos aos cidadãos no que diz respeito à educação, saúde e segurança pública. De todo o modo, a despeito de modestos avanços nesses campos nas últimas décadas, o Poder Executivo mostra-se ineficiente no desempenhar de sua função mais basilar, típica. Mais uma vez, frise-se pela desnecessidade de se adentrar ainda mais nesta seara de discussão, vez que o foco desta monografia está inclinado a outros pontos de estudo.

Por fim, tem-se o Poder Judiciário e sua função típica, a jurisdicional. Esta função, por sua vez, pode ser compreendida como o dever-poder de dizer o direito aplicável a uma determinada controvérsia deduzida processualmente, com definitividade e a força institucional do Estado (TEMER, 2012, p. 174).

Outra definição da atribuição do poder judiciário é a de Bueno (2012, p. 288), que diz que a função é a realização dos fins sociais, jurídicos e políticos do Estado. Deve ela adequar-se aos fins do Estado Democrático de Direito, realizando os direitos dos cidadãos.

No senso comum jurídico, o poder Judiciário é um dos três poderes clássicos reconhecidos pela doutrina, cuja missão é aplicar contenciosamente a lei a casos particulares.

O artigo 5º, LXXVIII da Constituição preceitua que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Como se depreende do inciso citado, não basta ao Judiciário resolver as contendas – sua função típica – a jurisdição está atrelada também à realização de direitos dos cidadãos, o que obviamente se dá por meio de um processo que tenha uma duração razoável, para garantir, assim a eficiência processual.

Contudo, é cediço que o Brasil não tem um judiciário eficiente³ e célere. Parte disso em virtude do texto constitucional ter conferido ao Poder Judiciário tamanha relevância no sistema tripartite de poderes. Há que se dizer que esta ineficiência

³ De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário terminou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Em toda série histórica, o ano de 2017 foi o que registrou menor crescimento no estoque de processos, com variação de 0,3%, ou seja, um incremento de 244 mil demandas em relação ao saldo de 2016. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018.)

decorre do desempenho falho de uma das funções atípicas do poder Judiciário, qual seja a função administrativa:

A questão da morosidade da atividade judicial, por sua vez, é fruto de múltiplos fatores, de diversas ordens, dentre os quais se destaca a falta de investimentos públicos na ampliação da estrutura física e humana do Poder Judiciário. (WAMBIER e TALAMINI, 2012, p. 705).

Contudo, este não é o principal problema do poder Judiciário no desempenhar de suas funções precípuas. O problema reside no fato da discricionariedade, das decisões de acordo com convicções que extrapolam os limites do ordenamento jurídico, este é o maior risco ⁴da atividade jurisdicional.

Um dos mais importantes doutrinadores da Teoria do Direito, Hans Kelsen (2009) relembra que o jurista deve, antes de tudo, restringir-se à interpretação da norma jurídica dentro de sua moldura. Contudo, com frequência, a atividade jurisdicional é desempenhada de forma a atender aos preceitos alheios ao ordenamento, mas presentes na consciência do próprio julgador, que acaba por delimitar a moldura apontada por Kelsen.

1.3 Origens da concepção hodierna do ativismo judicial

Para que se compreenda o contexto atual do ativismo judicial é imprescindível traçar breves considerações acerca das suas raízes históricas. A doutrina tem como marco inicial das discussões da temática o cenário norte americano do início do século XIX. Os Estados Unidos, com frequência, são apontados como o berço, o ponto de partida que originou a acepção contemporânea do ativismo.

Isto se deve à experiência norte americana com a criação do mecanismo de controle difuso de constitucionalidade a partir do chamado *judicial review*⁵ pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Há que se dizer que o controle de constitucionalidade exercido pelo poder judiciário teve sua origem no emblemático

⁴ Em sua coluna no Consultor Jurídico, Lênio Streck aponta para o problema da insegurança jurídica advinda da decisão vinda da "consciência" do julgador. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>

⁵ Revisão judicial, em tradução livre.

caso “Marbury contra Madison” no ano de 1803, que representou a primeira decisão - na qual a mais alta corte daquele país – estabeleceu o poder de realizar a revisão judicial de atos políticos praticados pelos demais Poderes, negando a aplicação a dispositivos de lei e atos que estivessem afrontando diretamente os princípios e normas entabulados pela Constituição Federal. Campos (2014) faz remissão ao famoso *hard case*⁶:

Os Estados Unidos São o berço do tema e do termo “ativismo judicial” [...] Em 1803, a Suprema Corte julgou o caso Marbury v. Madison e, pela primeira vez, realizou aquilo que marcaria pra sempre o seu lugar no sistema político estadunidense e na história do constitucionalismo mundial – ela julgou inconstitucional uma lei federal e declarou sua nulidade. Para chegar a tanto, a Suprema Corte afirmou o extraordinário poder da *judicial review* sem que decorresse claramente do Texto Constitucional de 1787 [...] (CAMPOS, 2014, p. 30)

Importante mencionar que o contexto do ordenamento jurídico norte-americano é pautado pela sistema *common law*, cujos preceitos fundamentais estão voltados essencialmente aos costumes e aos precedentes.

Sobre a relevância do cenário histórico norte-americano para a compreensão moderna do ativismo judicial, Clarissa Tassinari destaca alguns fatores:

Primeiro, porque foi no seio da tradição jurídica estadunidense que surgiram as discussões sobre ativismo judicial; segundo, porque, em face da insurgência do constitucionalismo democrático no Brasil e a consequente mudança produzida no que diz respeito ao papel assumido pela jurisdição, a doutrina brasileira passou a incorporar a expressão do ativismo judicial, algumas vezes acompanhada (senão fundamentada) pelos aportes teóricos norte-americanos; terceiro porque, diante de tudo isso, importa analisar esta transposição de teorias ao Direito Brasileiro (TASSINARI, 2013, p. 1479)

A narrativa acerca do caso paradigmático tem início com o então presidente dos Estados Unidos Thomas Jefferson, que, no início de seu mandato, nomeou James Madison para ser o Secretário de Estado. Dentre suas atribuições, estava a análise das nomeações realizadas pelo presidente anterior, John Adams, para os cargos da magistratura.

⁶ Seguindo a definição de Ronald Dworkin (1977), *hard cases*, ou casos difíceis, são os casos concretos em que “quando não há nenhuma regra regulando o caso, ainda assim, uma das partes tem um direito a ser protegido – em outras palavras, não há uma criação discricionária do direito pelo juiz. O juiz deve descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar o direito”

Madison percebeu que um grande número de nomeados por Adams sequer tinha recebido a carta de nomeação, razão pela qual entendia que o ato praticado pelo presidente anterior não tinha se aperfeiçoado, sustando, então, as nomeações. Dentre os nomeados estava William Marbury, que recorreu à Suprema Corte Americana - com lastro na Seção 13 do *Judiciary Act*, que havia ampliado a competência originária da Suprema Corte americana para analisar casos de mesma natureza – para que mantivesse hígida a sua nomeação.

Naquele julgamento, John Marshall - então Chefe de Justiça dos Estados Unidos⁷ - negou competência para julgar o caso sob o argumento da inconstitucionalidade da lei. Afirmou, em sua decisão, que a Constituição teria atribuído à Suprema Corte a competência originária para analisar toda e qualquer causa relativa à embaixadores, ministros, secretários e cônsules, bem como as ações em que o Estado norte americano figurasse como parte. Em todas as demais hipóteses, a Suprema Corte teria apenas uma competência de grau revisional, em sede de eventual análise de recurso.

Até o julgamento do caso Marbury contra Madison, não havia uma clareza de definição quanto à possibilidade do exercício de controle de constitucionalidade das leis, seja pelo Poder Judiciário, seja por qualquer outro. O mecanismo de revisão judicial exarado surgiu sem que houvesse previsão expressa em qualquer texto legal, sequer da própria constituição daquele país. Como afirma Tassinari (2013), embora a constituição previsse que o Poder Judiciário deveria agir conforme os preceitos fundamentais da sintética constituição americana, não havia qualquer dispositivo que permitisse tal instrumento de revisão.

Luís Roberto Barroso (2012) elenca três dos principais argumentos extraídos daquela decisão. O primeiro remonta ao estabelecimento do princípio da supremacia do texto constitucional sobre todos os outros textos normativos e atos de todos os Poderes (executivo, legislativo e judiciário). O segundo, por consequência lógica dessa supremacia constitucional, a nulidade de toda e qualquer legislação

⁷ *Chief Justice of the United States*, ou Chefe de Justiça dos Estados Unidos, é o cargo mais alto do judiciário naquele país.

infraconstitucional que contrarie a Constituição. Por fim, que o poder judiciário deteria a palavra final sobre toda e qualquer interpretação da Constituição.

O caso *Marbury vs Madison* materializou uma nítida autoafirmação do próprio poder da Suprema Corte americana em declarar inconstitucionalidades das leis que fossem contrárias ao texto da Constituição. Justamente por essas razões é que Campos (2014, p. 31), por sua vez, chega a afirmar que o controle de constitucionalidade já nasce a partir de um posicionamento “estrategicamente ativista” por parte do julgador:

Marbury foi ativista em duas dimensões: primeira, porque a Corte faltou com deferência ao Congresso, recusando-lhe competência normativa sem que encontrasse na Constituição qualquer dispositivo que afastasse expressamente; segunda, Marshall afirmou um poder espetacular para Corte sem que a constituição nada dissesse especificamente sobre ele. Na realidade, “a Constituição tem comparativamente pouco a dizer sobre a Suprema Corte ou o Judiciário federal em geral. O poder da *judicial review*, afirmado na “clássica argumentação estrutural” de Marshall, foi mais extraído da natureza e dos propósitos da Constituição do que dos significados normativos de seu texto. (CAMPOS, 2014, p. 52)

Por estas razões, a decisão no caso *Marbury* constitui-se tanto como um norte para os estudos em relação às origens do controle judicial - ou de constitucionalidade das leis – quanto ao surgimento do fenômeno do ativismo judicial. A problemática do caso reside no fato de que a Constituição norte-americana sequer mencionava sobre o assunto, não havendo previsão expressa no tocante à possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade das leis, seja pelo poder Judiciário, seja por qualquer outro Poder Estatal. Ou seja, a *judicial review* não somente surgiu de uma decisão judicial, mas, principalmente, à revelia da própria Carta Magna norte-americana.

Percebe-se que o *leading case* apresentado traz relevantes questões para compreensão do ativismo na atualidade. Principalmente porque a decisão exarada, como já visto, surge essencialmente ativista – seja pela falta de deferência da Suprema corte ao Poder Legislativo, ou mesmo pelo fato do órgão de cúpula do judiciário se arvorar e se autoproclamar com atribuições que sequer haviam sido previstas pelo próprio texto constitucional.

1.4 O constitucionalismo brasileiro e a problemática da constituição dirigente

O fim da primeira metade do século XX é marcado pelo surgimento do movimento neoconstitucionalista. Suas raízes estão diretamente ligadas com as transformações e rupturas provocadas pelo fim da segunda guerra mundial no contexto europeu. Tal movimento é marcado por uma nova configuração do Direito nos estados democráticos, onde passa-se a constitucionalizar uma vasta gama de princípios – com uma possibilidade ainda maior de interpretação destes - e direitos fundamentais.

Da mesma forma que o ativismo judicial, a expressão neoconstitucionalismo é por vezes reportada com várias acepções:

O neoconstitucionalismo é tratado pela doutrina jurídica em diferentes sentidos. Não há um acordo sobre uma versão *standard* dessa teoria na atualidade. Em regra, o vocábulo é utilizado como sinônimo para o ‘constitucionalismo contemporâneo’, ‘constitucionalismo principialista’, ‘novo Direito Constitucional’ ou ‘constitucionalismo do pós-guerra’. (VALLE, 2012, p. 100)

Elival Ramos (2014), por sua vez, entende que neoconstitucionalismo sequer pode ser considerado como um movimento propriamente dito, mas como um viés teórico de estudo do Direito Constitucional. Já Barroso (2012), compreende que a doutrina neoconstitucionalista pode ser entendida como o constitucionalismo que ressurgiu após os efeitos da Segunda Guerra Mundial, representando um movimento teórico constitucional fruto das grandes mudanças que aconteceram a partir da segunda metade do século XX, e se caracteriza pela multiplicação dos textos constitucionais, em especial na Europa Ocidental, a exemplo das Constituições da Itália, em 1947, da Alemanha em 1949, Portugal, em 1976, e da Espanha em 1978. Diga-se, por oportuno, que todos estes países saíram de um contexto - cada um a sua maneira - de regimes ditatoriais.

Essa nova doutrina, ou corrente de pensamento constitucionalista, é marcada por um novo contexto pós-positivista. Surge como uma tentativa de superação do positivismo jurídico, e é utilizada por parcela da doutrina para ressaltar as transformações metodológicas, teóricas e ideológicas ocorridas no contexto do pós

segunda guerra mundial, especialmente no contexto dos países ibéricos e latino-americanos (VALLE, 2012).

Barroso (2005) define como um grande conjunto de mudanças ocorridas no Estado e também no Direito Constitucional, traduzidos em três aspectos: histórico, filosófico e teórico:

(...) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2005, p. 15)

Dentro desse cenário, a constituição passa a emergir como o ponto central, o norte das discussões de todo o ordenamento jurídico, de modo que há uma flexibilização do paradigma de aplicação do conjunto de leis a fim de se garantir uma maior prevalência da força normativa dos princípios fundamentais entabulados pela carta constitucional.

O neoconstitucionalismo tratou de trazer importantes mudanças nas mais diversas áreas do direito, mormente na questão da interpretação normativa. O caráter normativo da constituição, e a necessidade de regular campos jurídicos e de proteger valores através de soluções que precisam ser elaboradas a partir do sopesamento de valores contrapostos, provoca um processo de mudança na atividade de aplicação das normas jurídicas. Quanto à importância da força normativa dos princípios, Humberto Ávila explana:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes na conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2009, p. 14)

Nessa linha de entendimento, Sarmiento (2013) aponta para a ênfase do neoconstitucionalismo em questões como:

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e

valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou 'estilos' mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2013, p. 73)

A tônica do neoconstitucionalismo, segundo Sarmiento (2013), é marcada pelo fato do ordenamento jurídico ceder espaço e importância para a Constituição, que passa a figurar como o centro do sistema jurídico e irradiar força normativa aos poderes legislativo, executivo, e judiciário, cuja vinculação se afigura como verdadeira condição de possibilidade à democracia.

Como já dito, a Constituição de 1988 prescreve uma vasta gama de direitos fundamentais, que se se materializariam somente por intermédio da atividade do próprio Estado. Além disso – como visto em ponto anterior - trouxe a possibilidade de se realizar o controle de constitucionalidade do conjunto de leis do Estado por parte do Poder Judiciário. Ou seja, o Judiciário tem a prerrogativa de analisar e revisar os atos realizados pelos outros dois poderes. Ao Supremo Tribunal Federal foi estabelecida a atribuição de ser o guardião do texto constitucional.

Parte da doutrina compreende que estes fatores foram preponderantes para o avanço da problemática do ativismo judicial. Segundo a ótica de Campos:

O início do debate sobre o ativismo judicial no Brasil está ligado à ascensão institucional do Poder Judiciário e, destacadamente, do Supremo Tribunal Federal, fenômenos vinculados à promulgação da Constituição de 1988 e que ganharam maior envergadura nos últimos anos do século XX e no começo deste século. (CAMPOS, 2014, p. 2010)

Seguindo o mesmo entendimento de Campos (2014), Teixeira (2012) reafirma que as discussões do ativismo judicial ganharam corpo com a promulgação da Constituição de 1988.

O fato é que esta constituição é, essencialmente, a culminância do processo de redemocratização do país. Simbolicamente, ela representa a superação – ruptura – de um regime ditatorial militar no país, e marca o distanciamento do modelo

autoritário de Estado. Prescreve o mais extenso rol de princípios e direitos fundamentais do constitucionalismo mundial, contendo não só liberdades civis clássicas, como ainda direitos econômicos e sociais, incorporando, também, direitos de 3ª geração⁸ como o meio ambiente e a proteção à cultura.

Há que se dizer que o legislador, à época da constituinte, tratou de prescrever não somente o vasto rol de direitos, mas buscou inserir no texto constitucional a imprescindibilidade da aplicação imediata destes (art. 5º, parágrafo 1º da CF/88):

Ao agregarem direitos sociais e determinarem objetivos ao Estado, aumentaram a densidade normativa das constituições, que, como já mencionado, passaram não apenas a ser concebidas como um elemento organizacional, mas também a influir diretamente na política governamental a partir de uma noção de irradiação constitucional pelo sistema jurídico. Com isso, estas estratégias jurídicas possibilitaram mudanças significativas através de duas frentes: por um lado, ampliou-se o catálogo de direitos aos cidadãos (com o fito de se criar uma política de bem-estar); por outro, assentou-se o dever de cumprir de modo imediato este programa constitucional (objetivando torná-la efetiva). (TASSINARI, 2013, p. 699)

Para tanto, o legislador reforçou os mecanismos da tutela de direitos, inserindo novos remédios constitucionais e ampliou os já existentes. Ademais, fortaleceu o poder judiciário no seu papel de guardião dos direitos.

Trindade e Moraes (2011) entendem que a Constituição de 1988, mais do que promover uma quebra no paradigma institucional brasileiro - até então marcado por um regime ditatorial de mais de duas décadas – simboliza:

[...] um verdadeiro marco, porque, de um lado, ela pode ser vista como o resultado de um processo lento e gradual que sepulta definitivamente a ditadura, com abertura à redemocratização, de outro, ela inaugura um novo modelo de Estado brasileiro, voltado ao cumprimento das promessas da modernidade, cuja construção, porém deve ser entendida como um exercício permanente da cidadania. (TRINDADE; MORAIS, 2011, p.151)

⁸ São os direitos caracterizados e inspirados pelos valores da solidariedade. Nesse contexto, ganha-se força e valorização a ideia de que o verdadeiro Estado de Direito – de liberdade e de igualdade entre as pessoas – somente poderá ser construído com reformas profundas, não somente nas leis ou estruturas de poder. Mas sim nas reformas do ser humano. “O século XX há de ser marcado, necessariamente, pelo signo da fraternidade. O estado do futuro não deverá ser apenas um estado liberal, nem apenas um estado do social: precisará ser um estado da solidariedade entre os homens. GERMAN J. Bidart Campos, Teoria General de los Derechos Humanos, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1991, p. 189; Paulo Bonavides; Curso de Direito Constitucional, 41 ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 481.

Por ter estas características e prescrever um rol tão extenso de direitos, a Constituição Federal se insere no contexto das constituições dirigentes, conforme Sarmento:

A Constituição de 88 enquadra-se na categoria das constituições dirigentes. Ela é dirigente porque o constituinte não se limitou a estabelecer a estrutura básica do Estado e a garantir direitos individuais. Ele foi além, estabelecendo objetivos e diretrizes para a comunidade política, correlacionados a um amplo e generoso projeto de transformação da sociedade brasileira, no sentido da promoção da justiça social, da liberdade real e da igualdade substantiva. Estas metas e diretrizes, estabelecidas em regra através de normas programáticas, não devem ser vistas como meras proclamações retóricas. Elas são normas jurídicas, que de alguma maneira vinculam os poderes políticos, estabelecendo balizas para o exercício das respectivas competências. (SARMENTO, 2006, p.12)

Nesta mesma linha descritiva, Oliveira (2012) compreende que, para além de ser uma constituição detalhista, a carta constitucional brasileira é dirigente porque no seu conteúdo não se restringe a limitar e estabelecer uma organização pura e simples do estado. Contudo visa, de igual modo, prescrever diretrizes a serem alcançadas pelo próprio Estado e a sociedade, com o fim de promover eventuais e necessárias transformações de cunho social.

Deste modo, vincula o legislador ordinário na instituição de políticas públicas, as quais, em maior ou menor medida, visam contribuir para a redução gradativa das mazelas sociais existentes no país.

Tem-se, que, como bem preceitua Campos (2014), a síntese dos grandes marcos, ou legados, da Constituição de 1988 está sob a divisão de dois aspectos. O primeiro quanto ao seu caráter extenso e analítico – com a previsão de um vasto rol de direitos fundamentais e sociais dotados de força axiológica e normativa. O segundo, pela expansão e a fortificação da própria jurisdição constitucional e dos poderes de decisão da suprema corte brasileira:

A partir da Constituição de 1988 e com a redemocratização do país, assistiu-se ao reforço do papel institucional do Judiciário. Transformações institucionais como a ampliação do acesso à Justiça, somaram-se à crescente consciência e mobilização da sociedade civil em torno de seus direitos e fizeram do judiciário ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos envolvendo a desses direitos [...]

Não obstante a ascensão institucional em geral do poder Judiciário, é o Supremo Tribunal Federal a instituição que, desde o início da

vigência da Constituição de 1988, tem mais, gradativa e destacadamente, ampliado a participação na vida pública brasileira, ganhando mais visibilidade e importância política e social e se transformado em ator central do nosso sistema de governo. (CAMPOS, 2014, p. 210)

Campos (2014) ainda assevera sobre o papel decisório de uma corte constitucional acerca da miríade de assuntos, “relevantes ou pouco importantes, ela acaba tornando-se personagem especial da vida cotidiana da respectiva sociedade”. O fato da mais alta corte do país decidir sobre conflitos que vão desde os mais complexos aos mais rotineiros se deve, em grande parte, ao fato de possuir uma constituição analítica:

Isso é assim particularmente em países que adotam constituições abrangentes, que disciplinam quase toda a vida política e social de seu país – a constituição é ubíqua e, desse modo, tanto as grandes questões quanto os pequenos conflitos são problemas constitucionais que acabam sendo judicializados. Essa posição de ubiquidade decisória da corte pode ser considerada, em si mesma, um índice de ativismo judicial na medida em que o elevado volume decisório representa, naturalmente, expansão de poder político-normativo. (CAMPOS, 2014, p. 152)

Com tais considerações, nota-se que o caráter dirigente da Carta Constitucional brasileira é um dos fatores preponderantes para o crescimento do fenômeno do ativismo judicial e da judicialização, de modo que, uma vez não efetivados os direitos e garantias fundamentais insertos, tem-se a necessidade de se provocar o poder Judiciário para dirimir os conflitos exurgidos e, assim, preencher as lacunas originadas pela ineficiência ou inabilidade do Estado em garantir tais preceitos.

1.5 A judicialização pós constituição federal de 1988 e suas bases teóricas

O fenômeno da judicialização, segundo Luís Roberto Barroso (2009), tem íntima correlação com o fenômeno do ativismo judicial, “Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.” (2009, pg. 6) Afirma que a ocorrência deste fenômeno é consequência natural do modelo constitucional que se adotou no país. A judicialização implica, necessariamente, em uma “uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”.

Vianna et al. (1999), no estudo sobre “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”, analisam as relações do Poder Judiciário com a política e a sociabilidade do país. Sustentam que o Poder Judiciário, sobretudo a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a exercer novos papéis, de modo a aumentar sua intervenção no âmbito político e envolver-se sobejamente com questões sociais, a ponto de afirmarem que:

[...] o Judiciário, antes um Poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autpoiéticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social. (VIANNA et al., 1999, p.9).

Embora a judicialização da política não seja ponto nodal das reflexões desta monografia, os fundamentos e bases teóricas acerca deste fenômeno contribuem sobremaneira para a compreensão da temática do ativismo judicial hodiernamente. Não se pode olvidar que a relação intrínseca entre direito e política, como pondera Campos (2014), “é um jogo de implicações recíprocas”:

Da mesma forma que as decisões ativistas interferem direta e indiretamente nas decisões políticas, as cortes também tem a necessidade de se ajustarem ao ambiente político em que estão inseridas – a história da Suprema Corte norte- americana é repleta de exemplos da espécie. Ainda que dentro do amplo marco legal de possibilidades decisórias, as cortes, muitas vezes, decidem influenciadas pelo comportamento de outras instituições e dos

poderes políticos. Um cenário hostil pode conduzir à postura de passivismo judicial; ao contrário, um cenário político de liberdade decisória traduz-se em larga oportunidade ao ativismo judicial. (CAMPOS, 2014, p. 154)

Para Vianna et al. (1999), a judicialização da política no Brasil remonta à incorporação no direito brasileiro do modelo de controle abstrato de constitucionalidade das leis, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) exerce o controle ao processar e julgar Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins), quando incitado pelos membros da denominada “comunidade de intérpretes da Constituição”. Revela-se como termo utilizado pelos autores para designar a relação de intérpretes da Constituição com legitimidade para propor as mencionadas ações diretas de inconstitucionalidade.

De acordo com a redação do art. 103 da Constituição Federal de 1988, este rol é composto pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, pelo Governador de Estado ou do Distrito Federal, pelo Procurador-Geral da República, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Percebe-se, claramente, a amplitude do direito de propositura das Adins, em virtude da diversidade dos membros da comunidade de intérpretes, considerada pelos autores como uma comunidade heterogênea.

A análise proposta por Vianna et al. (1999) é pautada no exame de 1.935 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ajuizadas entre os anos de 1988 e 1998. Adotaram como categorias de análise, dentre outras, a distribuição anual das Adins (número de ações por ano de distribuição), a distribuição das ações segundo os seus autores (Adins dos Governadores, da Procuradoria, dos Partidos Políticos, das Associações de Trabalhadores, de Profissionais e de Empresários, da Ordem dos Advogados do Brasil e outros), a origem das normas contestadas (se são normas federais ou estaduais, produzidas no âmbito do Executivo, Legislativo ou Judiciário), e a classe temática das normas contestadas (se são referentes à Administração Pública, à

política social, à regulação econômica ou à regulação da sociedade civil, por exemplo).

Constataram que o segmento que mais postulou Adins foi o das Associações de Trabalhadores, de Profissionais e de Empresários, com aproximadamente quinhentas ações ajuizadas no período abarcado (VIANNA et al., 1999, p. 55), revelando verdadeira importância do papel desempenhado pela sociedade civil como intérprete da Carta Constitucional.

Ressaltam que, entre os anos de 1988 e 1998, houve relevante crescimento no número de Adins de iniciativa dos partidos políticos e associações patronais e de trabalhadores, que, juntos, foram responsáveis por 42,1% do total de ações diretas propostas. No caso dos Governadores e Procuradores, foram também intérpretes constitucionais de atuação significativa, já que, juntos, propuseram 49,9% das ações diretas no mesmo período (VIANNA et al., 1999, p. 58-59).

A partir da investigação do número de Adins segundo a classe temática da norma contestada, constataram que mais da metade das ações diretas, no caso, 63,3% (1.215 Adins), versaram sobre a Administração Pública (VIANNA et al., 1999, p.64), o que aponta para uma maior vinculação das Adins e, por conseguinte, do controle de constitucionalidade das leis no Brasil às questões tipicamente de Estado.

Dos membros da comunidade de intérpretes da Constituição, os Governadores e Procuradores estão entre os que mais propuseram Adins com a temática que envolve a Administração Pública. Do conjunto de Adins de autoria dos Governadores, 81,9% das ações diretas versaram sobre essa temática e, do total de Adins de autoria dos Procuradores, o percentual foi ainda maior, 82,5% (VIANNA et al., 1999, p. 69).

No entendimento dos autores, a provocação da Corte Constitucional com Adins de temática relacionada à Administração Pública faz com que este órgão do Poder Judiciário incorpore a função de um órgão superior da Administração Pública, que visa racionalizar e homogeneizar as máquinas públicas estatais conforme os princípios basilares da Constituição Federal.

Com esses resultados estatísticos, Vianna et al. (1999) chamam a atenção para a natureza dúplice da judicialização da política no Brasil. Asseveram que, por um lado, ela se assemelha à ocorrente em outros contextos nacionais, em que o Poder Judiciário é instado a intervir por provocação de minorias parlamentares; lado outro, a judicialização da política no caso brasileiro detém a peculiaridade de contar com a participação dos Executivos estaduais e da Procuradoria da República, sendo expressivo o número de Adins de autoria dos Governadores e Procuradores.

Entendem que a judicialização da política no país não resulta propriamente de um *animus* do Poder Judiciário, mas sim, de um cenário contemporâneo em que as mudanças trazidas pelo legislador constituinte de 1988 são cada vez mais apropriadas pela sociedade civil e também por agentes institucionais, dentre eles, governadores e procuradores da República.

As Adins propostas pelos intérpretes da Constituição contribuem, dessa maneira, para a assunção de novos papéis pelo STF, órgão máximo do Judiciário brasileiro, que deixa de ser mero coadjuvante no cenário público para aderir mais fortemente ao papel de guardião da Constituição e, sobretudo, dos direitos fundamentais, tendendo a firmar-se como relevante ator político.

Para além da judicialização da política, Vianna et al. (1999) dedicam-se a discutir sobre a judicialização das relações sociais. Esta última, segundo eles, marca a intervenção do Judiciário nas práticas sociais, inclusive, naquelas de natureza tradicionalmente privada, que até então não sofriam ingerência estatal, a exemplo das relações de gênero no ambiente familiar. (VIANNA et al., 1999, p. 149).

Nota-se que a judicialização, no contexto estabelecido após a promulgação da Constituição Federal de 1988, proporciona ao Poder Judiciário e ao STF, como seu órgão máximo, uma atuação vasta, que os permite adentrar pelos campos da política e das relações sociais, com o propósito de salvaguardar os preceitos Constitucionais e os direitos fundamentais da pessoa humana.

Segundo Oliveira (2019), a constitucionalização de direitos contribuiu sobremaneira ao surgimento do ativismo judicial na corte constitucional:

[...] o exercício de função jurisdicional para além dos limites previstos pelo ordenamento, valendo-se da positivação de princípios de direito natural nas cartas políticas contemporâneas e do próprio beneplácito dos Poderes Executivo e Legislativo ao relegarem aos tribunais o delicado enfrentamento de questões políticas impopulares e indesejáveis de sujeição ao debate público, resultando de acordo estratégico firmado entre elites políticas, econômicas e judiciais pouco comprometidas com uma visão universal dos direitos humanos (OLIVEIRA, 2019, p. 415)

Este fenômeno da judicialização é também discutido amplamente por Barroso (2009), em seu artigo “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”. Contrastado com Vianna et al. (1999), nota-se que Barroso trata do fenômeno da judicialização de maneira mais genérica, sem restringi-lo à área da política, ou mesmo das relações sociais, ao ponto de utilizar o termo “judicialização da vida”. Pontua acerca da judicialização da seguinte maneira:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral” (BARROSO, 2012, p.3).

Percebe-se que, assim como Vianna et al. (1999), Barroso (2009) também reconhece a inédita capilaridade de que vem sendo dotado o Poder Judiciário hodiernamente, cujas decisões atingem as esferas da política e da sociabilidade.

Barroso (2009) ressalta algumas notáveis decisões do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que a judicialização caracteriza-se pela transferência de poder para juízes e tribunais. Dentre elas, a decisão proferida na Adin nº 3.510, que julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade e decidiu pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), que disciplina a pesquisa científica com células-tronco embrionárias; e a proferida na ADPF nº 130, que julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e declarou a incompatibilidade da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) com Constituição Federal de 1988.

Trata de três causas que são diretamente relacionadas à judicialização no Brasil: a recente redemocratização do país, a constitucionalização abrangente – reafirmando o caráter extenso e analítico da Constituição Federal - e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Barroso (2009) - hoje ministro da suprema corte brasileira – afirma que a redemocratização do país, cujo marco foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, robusteceu o Poder Judiciário e despertou a cidadania. A população, mais consciente de seus direitos, passou a recorrer ao Judiciário como forma de proteção, o que significou um aumento na busca por justiça na sociedade brasileira. Destaca, ainda, a magnitude e a expansão institucional do Ministério Público, para além de uma atuação na área penal, e a presença crescente da Defensoria Pública –no seu indispensável papel de representação dos hipossuficientes - nas diversas regiões do país.

Quanto à constitucionalização abrangente, e quanto ao caráter analítico da Carta, explica que a Constituição Federal de 1988, ao seguir um movimento mundial que teve início com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), passou a tratar de matérias antes relegadas ao processo político majoritário e à legislação ordinária. E, a partir do momento em que determinada matéria é disciplinada por uma norma constitucional, transforma-se, potencialmente, em pretensão jurídica. A essa altura, cita como exemplo o direito de acesso ao ensino fundamental, que, por estar assegurado constitucionalmente, pode tornar-se objeto de ações judiciais.

O terceiro fator ponderado por Barroso (2009) é o amplo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que possui um caráter híbrido ou eclético, por unir aspectos dos sistemas americano e europeu. Abarcou do sistema americano o controle incidental e difuso, que autoriza qualquer juiz ou tribunal, no julgamento de um determinado caso concreto, a não aplicar uma lei que considere inconstitucional; e utilizou-se do sistema europeu o controle por ação direta, em que determinadas matérias são levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal.

Percebe-se que Barroso (2009), assim como Vianna et al. (1999), salienta o redimensionamento do papel do Poder Judiciário pós Constituição Federal de 1988,

de maneira que este Poder avance na tomada de decisões sobre temas de relevância política, econômica e social.

Outro ponto de confluência entre os autores acontece quando Barroso (2009) sustenta que a judicialização no Brasil decorre do próprio modelo constitucional adotado pelo país. Sob esta ótica, a judicialização não resulta da vontade do Poder Judiciário, mas do constituinte. Em outros termos, o Supremo Tribunal Federal decide sobre questões de ampla repercussão política ou social por ser este o papel constitucional que lhe é atribuído, e não por opção ideológica, filosófica ou metodológica.

Barroso (2009) também diferencia a judicialização do chamado ativismo judicial. Ressalta que, embora tenham proximidade, os fenômenos não se confundem. Destaca que a judicialização é um fato e o ativismo judicial, uma atitude. Isto significa dizer, por um lado, que a judicialização existe de fato, mas não decorre de uma ambição ou pretensão do Poder Judiciário *per sí*, já que este Poder, quando provocado, não pode rechaçar o conhecimento de ações judiciais que atendam aos requisitos de cabimento e adequação. Trata-se, assim, de fato inerente ao modelo constitucional vigente no Brasil.

Lado outro, afirma que o ativismo judicial, cuja origem remonta à jurisprudência norte-americana, desvela-se como escolha de uma maneira proativa de se interpretar a Constituição - na busca pela materialização dos valores constitucionais - e que geralmente se manifesta diante da retração do Poder Legislativo.

No caso das posturas ativistas mencionadas por Barroso está “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário” (BARROSO, 2009, p.6). É o que ocorreu, por exemplo, na ocasião em que o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado da súmula vinculante nº 13, para estender a vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, em respeito aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, muito embora esta vedação não estivesse prevista de forma expressa em nenhuma norma constitucional ou infraconstitucional.

Identifica-se, nesse caso, a aplicação da Constituição para preencher lacunas relacionadas a situações sem regulação expressa por norma constitucional ou infraconstitucional, resultando-se numa maior participação do Poder Judiciário no campo de incidência dos outros Poderes.

Da mesma maneira, é também postura ativista mencionada por Barroso a de impor condutas ou abstenções ao Poder Público, no que diz respeito às políticas públicas, a exemplo de decisões judiciais que condenam a União, o Estado ou o Município a custear medicamentos e tratamentos médicos.

Salienta, ainda, que, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário no Brasil atuava de maneira oposta ao ativismo judicial, no sentido de uma autocontenção judicial. Isto é, o Judiciário objetivava interferir minimamente no espaço típico de atuação do Legislativo e do Executivo, ao ponto de evitar a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente disciplinadas no texto constitucional, para priorizar o pronunciamento do legislador ordinário.

Nesta senda, é notória a contribuição do advento da Constituição de 1988 para um novel cenário institucional brasileiro, em que o Poder Judiciário - antes distante das questões sociopolíticas do país - atualmente comporta-se de forma ativa e crescente em assuntos típicos da agenda política e social, com objetivo de efetivar valores da Constituição e, inclusive, suprir com suas decisões, eventuais omissões provenientes dos outros Poderes.

Segundo Barroso (2009), a crescente intervenção judicial - que marca o fenômeno da judicialização na contemporaneidade - pode ser a favor da democracia. Para tanto, é indispensável uma atuação do Poder Judiciário em respeito aos valores e fins constitucionais, e voltada à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, sem que a Constituição seja invocada para suprimir a atuação política ou o papel do Poder Legislativo. Além disso, reconhece a necessidade de se impor limites à este fenômeno da judicialização, bem como de se evitar o que chama de “arrogância judicial”. Senão, vejamos:

Observados os valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as

diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição. (BARROSO, 2009, p.12)

Sob esta ótica, se determinada lei for válida - votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República - e estiver em consonância com a Constituição, deve o Poder Judiciário aplicá-la, priorizando-se a interpretação constitucional dada pelo legislador, por ser ele, diferentemente dos magistrados, desembargadores e ministros do STF, eleito pela via democrática.

Da mesma maneira, essa deferência do Poder Judiciário deve verificar-se em relação ao Poder Executivo. Diante de matéria de natureza técnica ou científica que escape ao conhecimento jurídico do magistrado, por mais instruído que este seja, a exemplo da transposição de um rio ou do traçado de uma estrada, é prudente que o Poder Judiciário prestigie o exercício razoável de discricionariedade técnica por parte do administrador. Isto reforça o posicionamento de Barroso no sentido de que a judicialização no país deve submeter-se a certos limites, porque a intervenção judicial no espaço de atuação dos outros dois Poderes nem sempre se revela a mais adequada.

Dessarte, tem-se como uma síntese que a judicialização se apresenta como uma questão social. A dimensão deste processo, por conseguinte, não depende da vontade do órgão julgador. Pelo contrário, é derivado por uma amálgama de questões alheias ao próprio poder judiciário, e que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, perpassando, ainda, pela ineficiência do próprio Estado em implementá-los, o que resulta, conseqüentemente, no aumento das pretensões no âmbito do judiciário.

2. STF E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para melhor entendimento do caso abordado no capítulo final deste trabalho, é imprescindível a contextualização acerca de alguns dos elementos fundamentais dos modelos de controle de constitucionalidade adotados, bem como das atribuições do STF.

Como visto - no caso⁹ definido como o um dos principais pilares concepção hodierna do controle de constitucionalidade por parte do judiciário – o controle de constitucionalidade consiste numa atividade de verificação da conformidade ou adequação da lei ou do ato do poder público com a Constituição (CUNHA JR, 2011). É decorrente da própria lógica de supremacia do texto constitucional e, especialmente no caso brasileiro, ocorre em virtude da natureza de rigidez da constituição:

O controle de constitucionalidade, enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados. (CUNHA JR, 2011, p. 263)

Este controle, por sua vez, reclama pela existência de uma instituição com competência para o seu exercício. No caso brasileiro, desde a primeira constituição republicana¹⁰ que previu o controle de constitucionalidade – com forte influência da doutrina norte americana – compete ao Poder Judiciário o exercício desta tarefa de resguardar a conformidade das leis e atos do poder público com a constituição:

Por influência da doutrina da *judicial review* norte-americana, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891 previu o controle judicial da constitucionalidade das leis. [...] Em suma, no Brasil, somente a partir da Constituição de 1891 é que o Poder Judiciário passou a titularizar a competência para exercer um controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, porém sob influxo do modelo “americano” da fiscalização difusa, incidental (por via de exceção ou de defesa) e *sucessiva* da constitucionalidade dos atos normativos em geral do poder público, que perdurou nas Constituições posteriores até a vigente. (CUNHA JR. 2011, pp. 300. 301)

⁹ Caso *Marbury vs Madison* (1803)

¹⁰ A Constituição de 1891 foi a primeira a adotar expressamente o modelo do controle difuso de constitucionalidade, com fundamentos trazidos do modelo norte-americano do *judicial review* (MARQUES, 2006)

Há que se dizer que tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo também podem desempenhar, em situações excepcionais, o chamado controle preventivo e repressivo.

Seguindo a mesma tendência, a Suprema Corte Brasileira foi criada com características do modelo adotado nos Estados Unidos:

Com a Proclamação da República, adota-se no Brasil, como forma de Estado, o sistema federativo (vide Decreto no 1 do Governo Provisório, de inspiração norte-americana), o que direcionou o país a um novo momento histórico. A contribuição legislativa no período inicial da República foi de veras importante para a consolidação do atual modelo judiciário no Brasil, porquanto possibilitou a criação do Supremo Tribunal Federal, nos moldes da *Supreme Court* ianque, e introduziu competência aos Estados a fim de organizarem as suas justiças e legislarem sobre processo. (VIEIRA, 2006, p. 157)

Frequentemente se diz que a função precípua do STF é de resguardar¹¹ a Constituição. Tal expressão é a síntese da missão institucional do mais alto órgão dentro do Poder Judiciário e expressa a incumbência de defender e fazer valer os princípios e normas insertos que são a raiz da legitimidade de todo aparato normativo infraconstitucional.

Como cediço, a Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira a competência originária da Corte, especialmente quanto ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, bem como da omissão constitucional. Dentre a miríade de competências, constam o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal¹², a reclamação para a manutenção de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões¹³ e o mandado de injunção¹⁴, quando a elaboração de norma regulamentar for atribuição das autoridades mencionadas no preceito.

¹¹ Art. 102 da Constituição Federal de 1988.

¹² Art. 102, I, a.

¹³ Art. 102, I, I, da CF/88.

¹⁴ Art. 102, I, I, da CF/88.

O STF também possui a competência de analisar e julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo Constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei local, lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição¹⁵

Também é competência do STF julgar o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e julgar eventuais inconstitucionalidades por omissão.

Possui competência, ainda, para julgar os remédios constitucionais do *habeas corpus*, quando as autoridades coatoras forem os Tribunais Superiores ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos à jurisdição do STF, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em única instância; do *habeas data* e do mandado de segurança contra atos do Presidente da República, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e ainda do próprio STF.

Não obstante as relevantes atribuições conferidas ao STF pela Constituição, cabe um breve questionamento acerca da amplitude de atuação do STF, especialmente quanto à competência da corte como tribunal recursal de última instância, no julgamento de recursos extraordinários. O instrumento processual é remédio excepcional, que visa resguardar os preceitos constitucionais se porventura uma decisão judicial afronte norma constitucional.

Como relembra Gilmar Ferreira Mendes (2012), até a entrada em vigor da CF de 1988, era o recurso extraordinário - não somente pelo critério quantitativo – o mais importante processo da competência do STF. Desenvolvido com base o modelo norte americano do *writ of error*, o recurso extraordinário detém pressupostos bastante específicos para sua admissibilidade. Nesta espécie, cabe somente ao STF apreciar matérias que supostamente contrariam a constituição e que já foram debatidas nas

15 Art. 102, III, a, b, c, da CF/88.

instâncias anteriores. Em resumo, a matéria ventilada – prequestionada - em sede de recurso extraordinário deve ser apreciada pelo tribunal *a quo*.

Contudo ainda que certos pressupostos funcionem como filtros, Mendes (2012) afirma que, com o advento das mudanças na Constituição de 1988, agravou-se a “crise numérica” já instalada naquela corte:

Embora se afigure correta a tese segundo a qual o sistema direto passa a ter precedência ou primazia, é verdade também que é exatamente após a Constituição de 1988 que se acentua a crise numérica do Supremo Tribunal Federal. Essa crise manifesta-se de forma radical no sistema difuso, com o aumento vertiginoso de recursos extraordinários (e agravos de instrumento interpostos contra decisões indeferitórias desses recursos). (MENDES, 2012 p. 1145)

Em tom mais crítico, Nalini (2012) assevera que, a despeito do nobre propósito do legislador constituinte estabelecer um importante volume de atribuições ao Supremo Tribunal Federal, tamanha competência se revela de modo contraproducente, na medida em que resulta numa demora ainda maior na prestação jurisdicional, bem como cria obstáculos à efetividade da própria Corte nas sua missão de guardião da constituição:

Não faz sentido que o STF, órgão de cúpula do Judiciário Brasileiro, continue a funcionar como *quarta instância*, num modelo que já se evidenciou completamente defasado. A tentativa de se reduzir a facilidade com que os processos são reexaminados – cerca de 52 possibilidades de reapreciação do mesmo tema durante o interminável curso de uma demanda na Justiça brasileira – encontra barreiras de toda ordem. Mas é preciso que a sociedade toda ponha um “basta” a esse sistema cruel, que faz com que as lides perdurem durante décadas e que o STF, já baseado originalmente na Suprema Corte norte-americana, tenha a coragem de propor modificações que permitam a ela cumprir – de maneira adequada e oportuna – sua missão de *dizer o que é a Constituição*. (NALINI, 2012, p. 1098)

De todo o modo, ante o grande número de competências e de instrumentos atinentes ao controle de constitucionalidade, este trabalho irá tratar de maneira mais detida acerca de dois deles, quais sejam, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Mandado de Injunção (MI):

No constitucionalismo brasileiro pós-88, o princípio da força normativa se encarnou em dois institutos desenhados para dar consequências jurídicas ao dever estatal de implementação das normas de eficácia

limitada, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. (RAMOS, 2014, p. 2891)

O enfoque nestes instrumentos se dá pelo fato deste trabalho tratar, no último capítulo, acerca da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no caso do julgamento conjunto das ADO 26 e MI 4733, por esta razão, delinear-se-á um panorama teórico acerca das duas ações.

2.1 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Antes de adentrar nas peculiaridades da espécie em comento, devem ser trazidas à baila algumas características gerais do controle de constitucionalidade por via de ação direta. Como visto no capítulo anterior, o direito brasileiro incorporou também o modelo de controle abstrato de constitucionalidade das leis, em que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitucionalidade ao processar e julgar as ações autônomas (ADI, ADC, ADO, ADPF) nas quais se apresenta controvérsia acerca de matéria constitucional:

Até meados da década de oitenta, conviviam no sistema de controle de constitucionalidade elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de controle de constitucionalidade, ensejando-se modelo híbrido ou misto de controle. Não obstante, o modelo concreto continuou predominante da sistemática brasileira, até a promulgação da Constituição de 1988. A Constituição de 1988 conferiu ênfase não mais ao sistema concreto, mas ao modelo abstrato, uma vez que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência. (MENDES, 2012, p. 350)

Conforme preceitua Barroso (2012), o controle judicial de constitucionalidade por ação direta deriva da chamada representação interventiva, originada pela Constituição de 1934, onde figurava como pressuposto fundamental para a decretação de intervenção federal nos estados em caso de inobservância dos princípios constitucionais denominados sensíveis. Somente com a criação da ação

genérica de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16 de 1965 que houve a previsão de controle constitucional por via principal – ou direta – com os contornos dados no atual ordenamento.

O procedimento da ação é disciplinado pela Lei 9.868/1999 e permite a possibilidade de que o relator possa admitir a figura do *amicus curiae*¹⁶ no decorrer do processo, assim como realizar audiências públicas com o intuito de que os reclames - da parcela da sociedade atingida pela inconstitucionalidade da norma – sejam ouvidos.

No caso das ADIs, as decisões proferidas pela corte são dotadas de eficácia *ex tunc, erga omnes* e com efeito vinculante, ou seja, retroativa e com validade ampla e irrestrita. Contudo, o efeito vinculante não se aplica ao Poder Legislativo:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Neste sentido, como a declaração de inconstitucionalidade possui efeito vinculante o instrumento cabível para fazer valer a decisão do STF é a chamada Reclamação Constitucional¹⁷. A mesma lei que regula o procedimento da ADI traz a possibilidade de modulação dos efeitos no âmbito do controle abstrato:

A utilização dessa técnica de modulação de efeitos permite ao STF

¹⁶ Note-se que a figura do *amicus curiae* – ou amigo da corte – surgiu no ordenamento brasileiro justamente com a promulgação da lei que regulamenta o procedimento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade. Posteriormente, o Código de Processo Civil tratou de abarcar o *amicus curiae* no art. 138, *in verbis*. “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.”

¹⁷ A Reclamação é um instrumento jurídico com status constitucional que visa preservar a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) e garantir a autoridade de suas decisões. Originalmente, ela é fruto da construção jurisprudencial do STF que, com o decorrer do tempo, foi sendo incorporada ao texto constitucional (artigo 102, inciso I, alínea “j”, da Constituição Federal). Regulamentado pelo artigo 13 da Lei 8.038/1990 e pelos artigos 156 e seguintes do Regimento Interno da Corte (RISTF), o instituto pertence à classe de processos originários do STF – ou seja, deve ser ajuizado diretamente no Tribunal, a quem cabe analisar se o ato questionado na ação invadiu competência da Corte ou se contrariou alguma de suas decisões. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=271852>

declarar a inconstitucionalidade da norma: a) a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*); b) a partir de algum momento posterior ao trânsito em julgado, a ser fixado pelo Tribunal (declaração de inconstitucionalidade com eficácia *pro futuro*); c) sem a pronúncia da nulidade da norma; e d) com efeitos retroativos, mas preservando determinadas situações. (MENDES, 2012, p. 401)

A despeito do controle de constitucionalidade por ação direta ser, *per se*, uma espécie de prestação jurisdicional, ele se reveste como “exercício atípico de jurisdição”. Ou seja, não há um litígio propriamente dito em que se busca a solução de uma situação concreta mediante subsunção de fato à uma norma jurídica, seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei:

Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial. A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição. Trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais. No caso específico da inconstitucionalidade por omissão, a declaração é igualmente em tese, em pronunciamento no qual se reconhece a inércia ilegítima do órgão encarregado de editar a norma exigida pelo ordenamento. (BARROSO, 2012)

O controle de constitucionalidade nesta modalidade é próprio do objeto principal da ação - a questão a ser analisada - devendo o tribunal decidir acerca da validade da lei ou ato normativo e, por conseguinte, a sua prevalência ou não no ordenamento. Deste modo, tem-se que a Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) é o instrumento que se presta à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, sendo que o parâmetro de controle, portanto, é exclusivamente a Constituição Federal:

Na ação direta, cabe ao autor indicar os atos infraconstitucionais que considera incompatíveis com a Constituição e as normas constitucionais em face das quais estão sendo questionados, com as respectivas razões. Como regra geral, o Supremo Tribunal Federal adota o entendimento de que não pode estender a declaração de inconstitucionalidade a dispositivos que não tenham sido impugnados, ainda que os fundamentos sejam os mesmos. Quanto aos limites do papel a ser desempenhado pelo tribunal, o conhecimento convencional é no sentido de que ele só pode atuar como legislador negativo — paralisando a eficácia de uma norma existente —, mas não como legislador positivo, inovando no ordenamento jurídico pela criação de norma anteriormente inexistente. (BARROSO, 2012, p.

504)

No que diz respeito à legitimidade de proposição, a Carta de 1988 trouxe inovações. Antes não havia a possibilidade de que uma ADIN fosse proposta por qualquer outro requerente a não ser pelo Procurador Geral da República (PGR). A própria jurisprudência do STF havia sedimentado o entendimento de que cabia unicamente ao chefe do Ministério Público Federal a submissão de matéria controversa ao escrutínio da corte. Sobre a legitimidade ativa, Barroso (2012) evoca uma reflexão e revela que o uso do instrumento, por vezes, era refreado em virtude da natureza do cargo de PGR, eis que o cargo é de livre nomeação por parte do Presidente da República e, por isto, “o controle de constitucionalidade por via de representação ficava confinado às hipóteses que não trouxessem maior embaraço ao Poder Executivo.

Somente a partir da CF de 1988 que o instrumento deixou de ser monopolizado pelo PGR e ampliou-se de modo significativo a legitimação para propositura da ação direta de constitucionalidade, permitindo, então, um notável acréscimo nas discussões no âmbito do STF e do controle de normas.

Como já visto na parte final do capítulo anterior deste trabalho, conforme a redação do art. 103 da Constituição Federal de 1988, o rol de legitimados para propositura de ADINs é composto pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, pelo Governador de Estado ou do Distrito Federal, pelo Procurador-Geral da República, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Percebe-se, claramente, a amplitude do direito de propositura das ADINs, em virtude da diversidade dos membros da comunidade de intérpretes, considerada pela doutrina como uma comunidade heterogênea. Gilmar Mendes ratifica essa percepção:

A extensa lista de legitimados presentes no texto constitucional fortalece a impressão de que o constituinte pretendeu reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, como

peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente. (MENDES, 2012, p. 930)

Já no que diz respeito à legitimidade passiva, não há maiores dificuldades para compreensão, vez que na ADI as requeridas serão os diversos órgãos ou autoridades responsáveis pela promulgação de leis ou pelo ato normativo questionado (objeto) da ação:

A defesa, propriamente dita, da norma impugnada, seja ela federal ou estadual, caberá ao Advogado-Geral da União, que funciona como uma espécie de curador da presunção de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público. Pessoas privadas jamais poderão figurar como parte passiva nessa espécie de ação. (BARROSO, 2012, p. 478)

Como acima delineado, há, também, a possibilidade de se aventar uma inconstitucionalidade por omissão. Trata-se de um instituto mais recente no ordenamento, que provoca o órgão Jurisdicional a analisar se há a inobservância de algum dever constitucional de legislar. Neste caso tem-se como omissão absoluta ou total quando o “legislador não empreende a providência legislativa reclamada, já a parcial quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional”. (MENDES, 2012, p. 1067)

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) visa, de modo sintético, guardar os preceitos do ordenamento constitucional afetados pela suscitada lacuna normativa ou mesmo pela existência de um ato normativo apontado como insuficiente.

Partindo dessa análise, retoma-se à discussão já trazida neste trabalho acerca da problemática da constituição analítica e dirigente. Isto porque a decisão exarada no julgamento de uma ADO repercute em um plano, nas palavras de Luís Roberto Barroso, quase estritamente político:

A fiscalização das omissões constitucionais assume maior destaque nos sistemas baseados em constituições compromissórias e dirigentes. É o caso da Constituição brasileira, que, mais do que organizar e limitar o poder político, institui direitos consubstanciados em prestações materiais exigíveis e impõe metas vinculantes para os poderes constituídos, muitas vezes carentes de densificação. Naturalmente, não se deve acreditar na juridicização plena da política, sendo certo que um espaço relevante relacionado aos meios e modos de realização da vontade constitucional deve ser reservado ao

processo majoritário, conduzido pelos agentes públicos eleitos. Mas nos extremos, quando a inefetividade se instala, frustrando a supremacia da Constituição, cabe ao Judiciário suprir o déficit de legitimidade democrática da atuação do Legislativo. (BARROSO, 2012, p. 492)

Nota-se, então, que a ADO se presta a tornar efetiva uma determinada norma, ou preceito fundamental constitucional em decorrência da omissão de qualquer dos Poderes ou de órgão administrativo. Não à toa, justamente pelo fato da Constituição Federal de 1988 abarcar um grande número de temas - e de ter positivado uma miríade de direitos fundamentais – invariavelmente, esses preceitos carecem de leis que a regulamentem. Portanto, a ausência de uma lei ou ato normativo regulamentador viola o próprio texto constitucional na medida em que torna o seu texto inócuo e não produz, na prática, os efeitos pretendidos pelo legislador constituinte.

Uma vez reconhecida a procedência da ADO, deve o órgão legislativo competente ser notificado da decisão para tomar as providências cabíveis. Contudo, se tratar de órgão administrativo, está obrigado a preencher a lacuna no prazo de trinta dias. Portanto, da literalidade do art. 103, §2º extrai-se duas possibilidades. Conquanto, o STF já tenha admitido em julgamentos de ADOS a fixação de prazo, entende-se que o interstício fixado não passava de mera indicação, uma vez que não há consequências para o caso de eventual descumprimento da decisão. O mesmo, porém, não ocorre quando a omissão é oriunda de um órgão administrativo. Neste caso, a decisão tem caráter nitidamente mandamental.

Não obstante, ainda que a decisão acerca da constitucionalidade por omissão tenha natureza declaratória e, mandamental, o STF têm entendido que, na existência de uma prolongada duração da omissão constitucional, é cabível que a própria corte adote providências para regulamentar a matéria discutida até que sejam realizadas as providências do legislador, ou órgão administrativo, para preenchimento da suscitada lacuna:

Ressalte-se que, nesses casos, o Tribunal, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, passou a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória do tema pelo próprio Judiciário. O Tribunal adotou, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O Tribunal também passou a considerar a possibilidade de, em alguns

casos específicos, indicar um prazo razoável para a atuação legislativa, ressaltando as consequências desastrosas para a ordem jurídica da inatividade do Legislador no caso concreto (*vide* ADI 3.682). (MENDES, 2012. p. 368)

Partindo dessa análise, nota-se que a conduta do tribunal ganha, de certo modo, contornos de ativismo. Ora, se a omissão legislativa resulta numa violação de preceito ou norma constitucional e, para colmatar a lacuna, o próprio STF estabelece providências – no caso de longo interstício da omissão – não seria um caso de atividade legiferante e que extrapola os limites de suas atribuições? Trazer uma resposta este questionamento, no entanto, não parece tarefa fácil, uma vez que a própria doutrina não é uníssona.

2.2 Do Mandado de Injunção

Outro instrumento criado para lidar com as omissões inconstitucionais é o mandado de injunção (MI). Da mesma forma que a ADO, trata-se de ação autônoma que visa materializar um reclame acerca da inefetividade da norma ou preceito constitucional. Segundo Barroso (2012), o mandado de injunção destina-se ao controle incidental da omissão, tendo sido concebido para a tutela de direitos subjetivos constitucionais, frustrados pela inércia ilegítima do Poder Público. Tal espécie de controle está prevista no art. 5º da CF/1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Ambos instrumentos são novidades trazidas pela Carta Magna de 1988. Se por um lado o remédio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão se presta – em apertada síntese - a realizar um apelo ao legislador constituindo-o em mora, o mandado de injunção, por sua vez, é o instrumento de efetiva concretização dos direitos fundamentais entabulados pela Constituição.

Sua função primordial é de fazer valer um direito previsto em norma constitucional inviabilizado pela ausência de regulamentação.

Quanto à questão da competência, o legislador constitucional objetivou concentrar o julgamento de mandados de injunção nos tribunais, quais sejam o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “q” e II, “a”), Superior Tribunal de Justiça (art. 121, § 4º, V) e Tribunais Regionais Eleitorais. Foi feito desta forma pelo fato de que o remédio se presta a sanar a omissão legislativa aventada em casos concretos, de modo que a concentração da competência nos tribunais evitaria a dispersão do poder decisório e possibilitaria uma uniformidade de critérios na colmatação das lacunas porventura existentes, refreando, assim, decisões discrepantes e conflitantes.

Contudo, como a temática e cerne deste trabalho é analisar o comportamento da Suprema Corte sob a perspectiva do ativismo judicial no caso concreto da criminalização da homotransfobia, a explanação do mandado de injunção e suas características estará adstrita à competência do STF.

No que concerne a legitimação para impetração do MI, não há divergências entre a regra geral. Figura como parte legítima o titular do direito cujo exercício está obstaculizado pela ausência de norma regulamentadora. Há que se dizer que, da mesma forma, se admite que sindicatos e entidades de classe atuem como substitutos processuais de seus membros e filiados, no mandado de segurança coletivo¹⁸

Contudo, quanto à legitimação passiva, não havia uma definição precisa, uma vez que o texto constitucional que estatuiu o instrumento não trouxe mais informações

¹⁸ Art. 5º, LXX, “b”, CF/1988

a respeito. Coube à doutrina e à própria jurisprudência do STF discutir o tema e estabelecer um padrão:

A tese que o Supremo Tribunal Federal adota relativamente ao polo passivo repercute sobre seu entendimento acerca da fixação ou não de prazo para que seja sanada a mora. De fato, em mandado de injunção no qual reiterou não ser autoaplicável o § 3º do art. 192 da Constituição, pronunciou-se no sentido da existência de mora legislativa em razão da não edição da lei complementar necessária à sua eficácia. Todavia, recusou-se a Corte, na hipótese, a estabelecer um prazo para ser sanada a mora, sob o argumento de que tal só é cabível quando o próprio órgão omissor é o devedor da prestação obstaculizada pela omissão. (BARROSO, 2012. p. 478)

Somente com a Lei 13.300/2016, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção, é que houve menção expressa à legitimação passiva, *in verbis*:

Art. 3º São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

No tocante ao objeto do MI, durante muito tempo vigorou a tese de que o Tribunal competente deveria somente limitar-se a detectar a inconstitucionalidade por omissão e declarar mora ao legislador, para que envidasse esforços para sua colmatação:

Embora tenha sido festejado pela doutrina constitucional como relevante instrumento republicano de defesa dos jurisdicionados, o mandado de injunção restou, durante muito tempo, praticamente um ornamento normativo, diante de sua ineficácia prática. Isso porque o STF entendia inicialmente que os efeitos da decisão proferida se restringiam à declaração de mora da autoridade competente para editar a norma regulamentadora em falta, uma vez que o Judiciário não deveria ser encarado como substituto do legislador ou do administrador que houvesse se absterido de exercer sua competência normatizadora. Assim, não havia concretização do direito subjetivo inviabilizado, razão por que o jurisdicionado não era efetivamente beneficiado. (CARVALHO, 2017)

Desde a promulgação da CF/1988 há controvérsias acerca do objeto do mandado de segurança e, por conseguinte, da natureza da decisão proferida. Barroso (2012) entende que a natureza da decisão em mandado de injunção é constitutiva,

impondo ao juiz criar a norma regulamentadora para o caso concreto, com eficácia entre as partes, e aplicá-la de modo a atender a pretensão. Neste caso, a decisão é constitutiva quando no plano “da criação da normatividade ausente” (BARROSO, 2012. p. 499)

Durante muito tempo, a jurisprudência do STF havia sedimentado a lógica de uma decisão de caráter eminentemente mandamental, cabendo ao judiciário, unicamente, dar ciência ao órgão responsável pela omissão e mora na regulamentação: “a Corte esvaziou as potencialidades do novo remédio. Invocando, assim, uma visão clássica e rígida do princípio da separação dos Poderes, promoveu a equiparação do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão” (BARROSO, 2012. p. 504). Ramos (2014) rememora essa reticência da Suprema Corte:

Até recentemente o Supremo Tribunal Federal se recusava a exercer competência normativa em sede de mandado de injunção, prevalecendo a orientação assentada no julgamento do Mandado de Injunção n. 107-3/DF, que, praticamente, equiparava o instituto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. (RAMOS, 2014, p. 4651)

Com advento do julgamento do Mandado de Injunção nº 283¹⁹ o Supremo Tribunal Federal passou a promover mudanças relevantes na interpretação e, conseqüentemente, nas decisões do remédio constitucional, o tribunal inovou ao fixar um prazo para preenchimento da lacuna legislativa e, na persistência da mora (descumprimento da decisão), autorizou reparação financeira daqueles prejudicados pela omissão.

Mais adiante, com o julgamento conjunto dos MI (670, 708 e 212)²⁰, que apreciou a questão do direito de greve dos servidores públicos, o STF deu novel configuração ao instrumento. Ao acolher o *writ*, procedeu, de modo subsidiário e provisório, à regulamentação do modo do exercício do direito protegido. Naquele julgamento, à unanimidade, a corte decidiu declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício de greve no âmbito do

¹⁹ MI 283, relatoria ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 14/11/1991.

²⁰ MI 670, rel. min. Maurício Corrêa, red. para acórdão min. Gilmar Mendes; MI 708, rel. min. Gilmar Mendes; e MI 712, rel. min. Eros Grau. Julgamento em conjunto no Plenário do Supremo Tribunal Federal, ocorrido 25/10/2007.

serviço público, bem como, também por maioria, aplicar – enquanto não criada a lei – o regulamento de greve do setor privado²¹.

Até o momento de elaboração deste trabalho, o posicionamento da corte se mantém no mesmo sentido, entendendo que a simples declaração de mora do Poder Legislativo na regulamentação não atende à força da supremacia dos preceitos constitucionais. Inclusive, não seria por outra razão que a corte exarou decisão de natureza constitutiva no mandado de injunção nº 4733, ao declarar a omissão legislativa do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e transfobia.

²¹ Lei nº 7.783/89.

3. DO JULGAMENTO DA ADO 26 E DO MI 4733

A atuação do Supremo Tribunal Federal, como já visto, tem sido cada vez mais frequente para o desenlace de questões sociais e políticas. No âmbito de suas atribuições, no julgamento de instrumentos aptos a sanar omissões legislativas inconstitucionais, por vezes, atuou como substituto imediato do Poder Legislativo.

Em junho de 2019, após seis sessões ocorridas no interregno de quatro meses, o STF prolatou importante e polêmica decisão. A corte declarou a omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize a homotransfobia.

As discussões se deram a partir do ajuizamento de duas ações: 1) Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão 26/DF - elaborada pelo Partido Popular Socialista (PPS). 2) Mandado de Injunção 4733/DF, impetrado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT).

O fundamento principal de ambos os pedidos girava em torno da suposta mora do Congresso Nacional para editar lei que incriminasse atos atentatórios contra integrantes da comunidade LGBT²².

Requereram que fosse fixado prazo razoável para que o Congresso Nacional edite uma lei que verse sobre a criminalização dessas condutas atentatórias. E, na persistência da mora do Legislativo, que o próprio STF tipificasse a homofobia e transfobia como crimes específicos – em verdadeiro exercício de atividade legislativa atípica da corte - por meio de aplicação por analogia dos termos da Lei de Racismo (Lei n. 7.716/89) ou de outra que venha eventualmente a substituí-la. Ademais, postularam a possibilidade de responsabilização civil do Estado, pela inércia quanto à indenização de vítimas de homofobia e transfobia.

²² É a sigla "Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros, reproduzida tal como utilizada pela impetrante do MI 4733. Vide: <https://www.abgl.org/quem-somos>

No caso do MI 4.733, uma das pretensões requeridas era a equiparação das condutas discriminatórias de sexo e gênero ao crime de racismo²³. Para tanto, utilizaram como lastro a cláusula pétrea inserta no art. 5º, XLI, XLII da CF/88, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

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

Nesse sentido, por não haver no ordenamento jurídico brasileiro lei que criminalize a homotransfobia em virtude da omissão legislativa do Congresso Federal, suscitou-se a inconstitucionalidade por omissão, por violar direitos fundamentais previstos na CF/88.

Para tanto, foram evocados argumentos que ressaltaram a crescente violência sofrida pela parcela da referida comunidade. No caso, afirmava-se que a constituição prevê direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, bem como o bem estar dos cidadãos sem qualquer forma discriminação mas que, na prática, restava patente a ineficiência do Estado no que diz respeito à proteção do direito de igualdade e liberdade da comunidade LGBT.

Em resumo, os pontos trazidos nas duas ações evidenciavam uma evolução histórica acerca do preconceito de gênero no contexto brasileiro, bem como que – estatisticamente - o país é um dos que figuram na lista com os maiores índices de violência contra os LGBTs²⁴.

²³ Lei nº 7.716/1989

²⁴ Brasil lidera ranking mundial de assassinatos de transexuais

Segundo ONG europeia, em nenhuma outra nação há tantos registros de homicídios de pessoas transgêneras. Disponível em <<http://especiais.correiobraziliense.com.br/brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-de-transexuais>> Acesso em 12 de nov. 2019.

3.1 Dos votos

O julgamento conjunto teve como relatores os ministros Celso de Mello – decano da corte, relator da ADO 26 – e o Ministro Edson Fachin - relator do MI 4733. O ministro Celso de Mello, sabendo da pertinência entre as duas ações, em novembro de 2018, propôs o julgamento em conjunto com o MI 4733.

3.1.1 MI 4733

Em seu voto, o ministro Fachin entendeu pelo cabimento do *writ* manejado, afirmando que houve omissão do Poder Executivo no cumprimento do dever de legislar e criar tipos penais específicos para os crimes de homofobia e transfobia: “Não é constitucionalmente possível não punir ou deixar de punir. Neste caso, há falta de lei específica. Trata-se de cumprir estritamente a Constituição”. Na sua fundamentação, trouxe argumentos que corroboraram com as alegações iniciais do mandado impetrado:

As informações trazidas pelos *amici curiae* e pela própria impetrante dão conta de possíveis violações de seus direitos, inobstante a previsão constitucional garantir-lhes efetiva proteção, desde o texto original de 1988. A imputação da mora legislativa é ainda mais grave caso se tenha em conta as recorrentes notícias de violações dos direitos das pessoas gays lésbicas, bissexuais, trans e intersex no Brasil. De acordo com o Relatório Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex nas Américas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil é o país onde mais ocorreram relatos de violência contra a população LGBTI (FACHIN, p. 6)

Fachin trouxe, ainda, fundamentos que explicitaram o seu entendimento quanto à correlação da conduta de homofobia com o crime de racismo:

Não fosse apenas o preconceito a que está submetida a população LGBTI, é preciso observar que, em um contexto em que perseveram desigualdades sociais e raciais, a exclusão social da comunidade LGBTI reforça a dinâmica de invisibilidade a que as pessoas pobres e negras estão sujeitas. (...)
Noutras palavras, a igualdade está a nos exigir, enquanto intérpretes da Constituição, que se reconheça a igual ofensividade do tratamento discriminatório, seja para afastar a alegação de que judeus não seriam vítimas de racismo, seja para tolerar a apologia ao ódio e à

discriminação derivada da livre expressão da sexualidade (FACHIN, 2019, p. 8)

Julgou procedente baseando-se em cinco premissas principais, *in verbis*:

Primeira: É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero.

Segunda: O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual.

Terceira: À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Quarta: A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe.

Quinta: A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. (FACHIN, 2019, p. 28)

O ministro arrematou o seu voto reafirmando pela necessidade de se prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana, afirmando que não pode ser invocado de forma retórica, devendo ser dado “sentido e concretude a esse princípio inerente aos sujeitos e fundante de nosso estado”.

No tocante ao argumento de que o STF tipificaria, fugindo às suas atribuições, a conduta como crime – justificou valendo-se do precedente *Ellwanger* – quando a corte entendeu pela imprescritibilidade do crime de racismo contra judeus – entendendo que a homofobia se trata de conduta discriminatória de igual forma.

3.1.2 ADO 26

Em seu voto, Celso de Mello afirmou que a CF/88, no seu art. 4º, II, elenca o princípio da prevalência dos direitos humanos e o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica²⁵. Em seu voto, afirmou que o Estado é obrigado não apenas a respeitar os direitos individuais dos cidadãos, mas deve ir além e buscar efetivar direitos fundamentais contra a agressões de terceiros:

Sempre que um modelo de pensamento fundado na exploração da ignorância e do preconceito põe em risco a preservação dos valores da dignidade humana, da igualdade e do respeito mútuo entre as pessoas, incitando a prática da discriminação dirigida contra uma comunidade exposta aos riscos da perseguição e da intolerância, mostra-se indispensável que o Estado ofereça proteção adequada aos grupos hostilizados adotando mecanismos eficientes, aptos a evitar os confrontos sociais e a reprimir os atos de injusta agressão, sob pena de ofensa ao postulado que veda a proteção penal insuficiente. De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de mecanismos institucionais, destinados a dar efetividade e expressão concreta aos princípios consagrados pela Lei Fundamental. (MELLO, 2019, p. 72)

Contudo, o decano da corte entendeu – quanto ao pedido de responsabilização do Estado pela omissão legislativa – incabível condenação em sede de controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que incompatível com o instrumento manejado:

O exame dessa questão leva-me a reconhecer que, em tema de controle abstrato de omissão inconstitucional, revela-se inviável a concessão de tutela de índole ressarcitória, requerida com o objetivo de reparar danos morais e/ou patrimoniais eventualmente sofridos por terceiros, seja ela postulada em caráter individual, seja ela formulada em defesa de interesses coletivos ou transindividuais. Torna-se relevante insistir na asserção de que, no processo de fiscalização normativa abstrata, em cujo âmbito instauram-se relações processuais objetivas, visa-se a uma só finalidade: a tutela objetiva da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou de natureza concreta. (MELLO, 2019, p. 22)

²⁵ O Pacto de San José é um tratado de Direito Internacional em vigor desde 1978 e versa sobre a proteção dos Direitos Humanos. O Brasil é signatário, tendo aderido em 1992, e incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 678/1992.

Rejeitou, ainda, o pedido para que o próprio STF tipificasse a homofobia e transfobia como crimes específicos, afirmando que não caberia àquela corte preencher uma lacuna legislativa, uma vez que a criação de lei violaria frontalmente o princípio da separação de poderes, bem como o princípio da legalidade e o Princípio da reserva legal (art. 5º, II, da CF/88) que têm caráter de garantias Constitucionais:

Como se sabe, a definição típica das condutas delituosas está subordinada ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei formal (CF, art. 5º, XXXIX), o que inviabiliza qualquer pleito cujo acolhimento implique desconsideração dessa garantia fundamental, segundo a qual não há crime nem pena sem lei anterior que os defina, excluída, portanto, a possibilidade de utilização de provimento jurisdicional como sucedâneo de norma legal. Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal. (...) Não se pode desconhecer, portanto, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, que o tema pertinente à definição do tipo penal e à cominação da sanção penal subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. (MELLO, 2019, p. 27)

Reconhece a inconstitucionalidade da mora do Congresso Nacional em legislar a proteção ao grupo atingido e concluiu que, de fato, há necessidade de que se busque a proteção constitucional ao grupo LGBT, pois, em seu entendimento, afigura-se como espécie de segregação, racismo contemporâneo:

Encerro o meu voto, Senhor Presidente, enfatizando que este processo revela que, nele, está em debate, uma vez mais, o permanente conflito entre civilização e barbárie, cabendo ao Supremo Tribunal Federal fazer prevalecer, em toda a sua grandeza moral, a essencial e inalienável dignidade das pessoas, em solene reconhecimento de que, acima da estupidez humana, acima da insensibilidade moral, acima das distorções ideológicas, acima das pulsões irracionais e acima da degradação torpe dos valores que estruturam a ordem democrática, deverão sempre preponderar os princípios que exaltam e reafirmam a superioridade ética dos direitos humanos, cuja integridade será preservada, aqui e agora, em prol de todos os cidadãos e em respeito à orientação sexual e à identidade de gênero de cada pessoa que vive sob a égide dos postulados que informam o próprio conceito de República.

Aceitar tese diversa significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos formados com base na orientação sexual ou na identidade de gênero, notadamente àquelas pessoas que se expõem, como os integrantes da comunidade

LGBT, a uma situação de maior vulnerabilidade. (MELLO, 2019, p.153-154)

Nota-se que Celso de Mello entendeu pela interpretação em conformidade com a CF/1988, e que a homotransfobia deve ser, por analogia, enquadrada como racismo – conduta já tipificada pelo ordenamento brasileiro – até que seja elaborada legislação específica para a matéria:

O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social.

(...)

As razões ora expostas bem demonstram que a interpretação veiculada neste voto, por meramente adequar, mediante reconhecimento de sua identidade conceitual, comportamentos homofóbicos e transfóbicos à norma de tipificação penal que define a prática do racismo, permitem constatar que referidas condutas ilícitas ajustam-se à noção de racismo em sua dimensão social, não havendo que se cogitar, por isso mesmo, da existência, no caso, de sentença desta Corte Suprema que se qualifique como provimento jurisdicional de caráter aditivo. (MELLO, 2019, p. 99)

O relator, entretanto, entendeu que tal enquadramento não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio:

É por essa razão, Senhor Presidente, que não hesito em proclamar e em destacar a relevantíssima circunstância de que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, torna-se imperioso reconhecer que temas de caráter teológico ou concepções de índole filosófica, política, cultural ou ideológica, quaisquer que sejam – que busquem atribuir densidade teórica a ideias propagadas pelos seguidores de qualquer corrente de pensamento – estão, necessariamente, fora do alcance do poder censório e jurídico-penal do Estado, sob pena de gravíssima frustração e aniquilação da liberdade constitucional de expressão e de disseminação (sempre legítima) das mensagens inerentes às posições doutrinárias em geral. (MELLO, 2019. p. 111)

3.1.3 Votos do plenário

Luís Roberto Barroso, não divergiu dos votos dos relatores, limitando-se a reiterar a violência cotidiana sofrida pela comunidade LGBT, bem como da necessidade de se garantir proteção à essa parcela da sociedade. Relembrou a importância do Supremo nas questões que envolvem a proteção de minorias, e que sua função de intérprete da Constituição engloba, também, apontar omissões inconstitucionais pela inércia do Poder Legislativo:

As supremas cortes representam também um papel representativo, o de atender demandas da sociedade que não tenham sido atendidas a tempo e a hora. O que se está exercendo aqui, e que deve ser exercido em situações excepcionais, quando a história exige é o papel iluminista, de empurrar a história relativamente a determinados temas, mesmo contra vontades majoritárias, como quando da decisão desta corte sobre a união homoafetiva. (BARROSO, 2019)

Ressaltou, ainda, o papel de vanguarda da corte, citando julgamentos anteriores, a exemplo do reconhecimento da união homoafetiva²⁶. Por fim, para que a homofobia fosse enquadrada como um tipo de racismo, trouxe argumentos utilizados no julgamento do caso Ellwanger²⁷.

Alexandre de Moraes, por sua vez, acompanhou o voto do ministro Celso de Mello no sentido de declarar a inconstitucionalidade por omissão do congresso federal, bem como dar interpretação conforme à Constituição no que diz respeito à aplicação dos tipos penais da lei de racismo às condutas homotransfóbicas até que seja editada lei penal específica no Congresso.

Asseverou que o Estado tem a obrigação de efetivar a proteção dos direitos e liberdades fundamentais, e que minorias são frequentemente esquecidas pelo Estado constitucional. O ministro ainda afirmou que tais omissões se revestem de verdadeiros riscos à própria democracia e que é papel do Supremo Tribunal Federal fazer valer os princípios constitucionais fundantes do estado de direito.

²⁶ Supremo Tribunal Federal reconhece união homoafetiva.

Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>

²⁷ STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus.

Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>>

A ministra Rosa Weber entendeu que a homotransfobia se enquadra, de igual sorte, como a conduta de racismo. Trouxe argumentos que explanaram o direito de livre expressão individual dos cidadãos e que a identificação de gênero é, por conseguinte, direito fundamental do ser humano. Para a ministra, o direito à autodeterminação sexual é consectário do exercício do princípio da dignidade da pessoa humana.

Luiz Fux, por sua vez, entendeu inequívoca a existência de mora do Poder Legislativo na criação de tipo penal incriminador para a homofobia e transfobia. “O STF não está violando o princípio da reserva legal nem criando uma Figura penal. Está fazendo uma interpretação da legislação infraconstitucional que trata do racismo, (FUX, 2019) Afirma que, a despeito da discussão permear o congresso nacional há muito, diversos entraves conservadores se fazem presentes entre os membros do legislativo. Portanto, é favorável ao entendimento de que o judiciário, inexoravelmente, deve se pronunciar até que o Poder Legislativo desempenhe sua função primordial.

Asseverou, ainda, que a criminalização da conduta se presta não somente a coibir e punir atos atentatórios contra a dignidade da pessoa humana, mas também serve de alento às minorias LGBT, uma vez que o “sentimento de impunidade vigora no cotidiano desses cidadãos”. (FUX, 2019)

Acompanhando o voto de ambos os relatores – Celso de Mello e Edson Fachin – Cármen Lúcia, na mesma linha de Barroso, trouxe argumentos que evidenciam as estatísticas alarmantes da homofobia no contexto social brasileiro e que a mora do congresso é incompatível com os princípios da constituição. Corroborando os argumentos ventilados por Weber, afirmou que a individualidade do ser humano deve ensejar a diferença de tratamentos que levam à desigualdade de direitos. Para a ministra, é necessário reforçar ainda mais a tutela de direitos fundamentais, para que o texto da Constituição não se esvazie.

Abrindo divergência, o ministro Ricardo Lewandowski - apesar de constatar a mora do Legislativo na criação da lei incriminadora – discordou da analogia ao crime de racismo ventilada pelos relatores:

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma garantia fundamental dos cidadãos que promove a segurança jurídica de todos. (LEWANDOWSKI, 2019)

Além de afirmar que entende como violação ao princípio da reserva legal, rememorou outros julgamentos da corte no mesmo sentido. Para ele, a Constituição Federal estabelece somente a lei como fonte formal e direta de regras que versem sobre direito penal.

O ministro Gilmar Mendes, por seu turno, da mesma maneira que os demais ministros, acompanhou a maioria dos votos pela procedência das duas ações. Além de identificar a inércia do Congresso Nacional, ele entendeu que a interpretação apresentada pelos relatores de que a lei incriminadora do racismo também pode ser utilizada nas condutas contra os integrantes da comunidade LGBT, sendo compatível com a Constituição Federal. Mendes tratou de reafirmar que a criminalização da conduta da homotransfobia é imprescindível, em virtude do atual estado de violência contra as minorias atingidas.

Contrário ao posicionamento dos demais colegas da corte, Marco Aurélio Mello votou pela inadmissibilidade do *writ* impetrado, por entender que o instrumento não se afigura adequado para a hipótese. Contudo, entendeu pela admissão parcial da ação direta de constitucionalidade por omissão – não obstante tenha afirmado que não havia omissão legislativa quanto à homotransfobia.

O presidente da corte, ministro Dias Toffoli, acompanhou o voto do ministro Ricardo Lewandowski no que pertence à impossibilidade de que STF venha, por analogia, criminalizar a conduta de homotransfobia tal como o crime de racismo. Por outro lado, ressaltou a confluência entre os demais ministros quanto ao repúdio ao preconceito e discriminação de gênero. A conclusão de Toffoli foi no sentido de que o julgamento simboliza um passo importante do país no caminho pela promoção “do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” -Art. 3º, IV da CF/1988.

3.1.4 Ementa do julgamento

Tem-se, então, a seguinte síntese do julgamento da ADO 26 e MI 4733, respectivamente:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes,

pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Plenário, 13.06.2019.²⁸

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental. Plenário, 13.06.2019.²⁹

Como observado até aqui, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela omissão inconstitucional do Congresso Nacional no tocante à criminalização da conduta de homotransfobia. São três os pontos extraídos da decisão da corte. O primeiro prevê

²⁸ Decisão ADO 26 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4848010&ext=RTF>>

²⁹ Decisão MI 7133. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4848011&ext=RTF>>

que o Congresso Nacional formule lei específica para as condutas que se amoldem à homotransfobia que se enquadrarem nos crimes previstos na Lei 7.716/2018. No segundo ponto, a tese prevê que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio.

Por fim, a tese estabelece que o conceito de racismo vai além dos aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, alcançando a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis.

Como afirmaram os ministros, criminalizar a conduta da homotransfobia é um exercício de compatibilização ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Contudo, essa decisão é controversa justamente por conta da sua carga de ativismo, na medida em que a corte ultrapassou os limites de sua atuação.

Isto porque, contrariando a própria redação do art. 22, I, da CF, que define que é de competência privativa da União legislar sobre matéria penal, o STF - diante da grave lesão e ameaça de lesão aos direitos fundamentais da comunidade LGBT – ultrapassou as linhas demarcatórias da função jurisdicional, como leciona Ramos (2014).

Como já foi afirmado neste trabalho, o Supremo Tribunal Federal tem sido constantemente instado a se pronunciar em demandas que, por vezes, implicam na fuga de suas atribuições. O fato é que a problemática que envolve a criminalização da homotransfobia está em torno da legitimidade legislativa em sede de matéria penal. É cediço que o STF, por integrar o Poder Judiciário, não pode criar leis.

E, neste caso, apesar da nobilíssima intenção do STF criminalizar a conduta por meio de sua atuação, é inegável que esta decisão termina por violar princípios basilares do Direito Penal.

Contudo, a partir da ótica dos ministros daquela corte, a omissão do legislativo acabou por deixar à margem da proteção do Estado uma parcela significativa da população brasileira que sofre com a violência e preconceito de gênero.

Se o STF, ao equiparar a conduta de homotransfobia ao crime de racismo, viola o princípio da legalidade, lado outro, o Poder Legislativo - por sua mora e omissão nas suas atribuições precípua - acaba por vilipendiar outros princípios e direitos fundamentais basilares do estado democrático de direito.

Por esta razão é que o STF foi instado a suprir tal omissão. Não à toa o STF é a última trincheira do exercício da cidadania e, neste julgamento, como tantos outros em que teve posicionamento vanguardista (a exemplo da multicitada união homoafetiva), em caso excepcional decidiu, nas já citadas palavras de Barroso (2019) “empurrar a história relativamente a determinados temas, mesmo contra vontades majoritárias”.

O Supremo, ao longo dos anos, tem ampliado a sua presença normativa no cenário sociopolítico brasileiro valendo-se de uma conduta ativista, traduzida pela falta de deferência aos outros poderes no que diz respeito à necessidade de imposição normativa de direitos fundamentais e sociais calcados em normas vagas e imprecisas do extenso e dirigente texto constitucional. Deixou de ser mero legislador negativo para assumir um papel preponderante na busca pela materialização de direitos.

Neste caso pode-se dizer que o ativismo judicial é visto como o caminho, no atual estado de coisas, indispensável para a concretização e implementação desses direitos fundamentais de cunho social. A corte caminha nesse sentido para se fazer, ainda que de modo pontual, relevantes avanços na história.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o quanto exposto percebe-se que o ativismo judicial se traduz como fenômeno jurídico originado a partir de uma postura do Judiciário para além dos seus limites de atuação.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve um avanço sem precedentes no Direito Brasileiro no que diz respeito aos direitos fundamentais, com a consagração de um amplo acervo de direitos assegurados.

Contudo, uma vez que esse extenso rol de garantias, na prática, não é concretizado, muitas vezes o judiciário é instado a dirimir os conflitos de ordem objetiva de modo a suprir as lacunas dos outros poderes, uma vez que não efetuam a contento o exercício de suas funções basilares para a consecução destes direitos. Com efeito, o movimento neoconstitucionalista juntamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – que passou a figurar como o centro do sistema jurídico e irradiar força normativa aos poderes da república - impulsionou uma crescente provocação do judiciário para a materialização destes direitos.

A natureza analítica e dirigente da Carta Magna brasileira - como quis o legislador constituinte – contribuiu sobejamente no crescimento do ativismo por parte do judiciário.

No caso analisado, percebe-se que a natureza decisória do STF, no julgamento que ficou conhecido como o da criminalização da conduta da homotransfobia, é eminentemente ativista.

Todavia, o STF assim decidiu de maneira ativista porque a omissão legislativa – ao não editar norma regulamentadora que protege uma parcela da sociedade – por si só já seria uma violação à preceitos constitucionais basilares do estado democrático de direito.

A decisão representa uma tendência contramajoritária e representativa da Suprema Corte que, à luz dos preceitos constitucionais, ainda que em modestos passos, avança na história para garantir a efetivação de direitos humanos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luiz Gustavo de; BORBA, Dalton José. **O conflito entre legislativo e judiciário nos 25 anos da Constituição de 1988**. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (organizador). *25 anos da Constituição e o direito do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2013.

ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência**”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº. 17, Salvador: março de 2009

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, n. 04, jan./fev 2009. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>

Acesso em: 18 set. 2019.

_____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (organizadores). **As novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodium, 2013

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> 2005. Acesso em: 01 dez. 2019.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 41ª edição. São Paulo, Malheiros, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 de nov. 2019.

_____. Lei Nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm> Acesso em 4 de nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção. EMENTA. MI 4733**. Relator ministro Edson Fachin, Brasília, 10 de maio de 2012. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 18, nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**. Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público, Controle de Constitucionalidade, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. ADO 26. Relator ministro Celso de Mello, Brasília, 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 18, nov. 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARVALHO FILHO, José. **Manual de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Lei do Mandado de Injunção fortalece controle de omissões constitucionais**. In. Observatório Constitucional. Revista Consultor Jurídico. 11 de dez 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-dez-11/observatorio-constitucional-lei-mandado-injuncao-fortalece-controle-omissoes>

Acesso em 5 de nov. 2019

CUNHA JR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010

FACHIN, Luiz Edson. **A Constituição manda criminalizar a homofobia**. In: Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/constituicao-criminalizar-homofobia-fachin>> Acesso em: 22 de outubro de 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altiwez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. (Dissertação de Mestrado) Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. 2008. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/87>> Acesso em 20 out. 2019

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. **Evolução do instituto do controle de constitucionalidade no Brasil**. Da constituição Imperial à Emenda Constitucional nº 45/2004. In Revista de Informação Legislativa. nº 140. Brasília. abr/jun 2006 Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/170/ril_v43_n170_p17.pdf> Acesso em 12 out. 2019

MELLO, Celso de. STF. JUS. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/inq4781.pdf>> Acesso em: 15 de nov. de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito**

Constitucional 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NALINI, José Renato. **O poder Judiciário na Constituição de 1988**. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord). Tratado de Direito Constitucional. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. A jurisdição constitucional entre judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: Simpósio nacional de direito constitucional da ABDCONST, 10, 2012, Curitiba. **Anais eletrônicos do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst**. Curitiba: ABDConst. 2013. Disponível em < <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>

OLIVEIRA, Rodrigo Augusto. O ativismo judicial à luz da separação de poderes e da crise do parlamento na idade contemporânea. In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM Richard Pae; TERAOKA Thiago Massao Cortizo (organizadores). **Federalismo e Poder Judiciário**. São Paulo, Escola Paulista da Magistratura, 2019

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos**. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva. 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo Judicial: Nos Limites Entre Racionalidade e Decisão Política**. Revista de Direito Getúlio Vargas, São Paulo, 2012

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; Novelino, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. 2ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2013

_____. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda.** In: Revista de Direito do Estado, v. 2, 2006. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>> Acesso em 02 de out. 2019

TASSINARI, CLARISSA. **Jurisdição E Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário.** Livraria do Advogado Editora. 2013. Edição do Kindle.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo judicial: As experiências norte-americana, alemã e brasileira.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal:** laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e as relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas et al. **O STF e a Corte Suprema dos Estados Unidos da América:** autonomia e impasses. In: Revista de Informação Legislativa nº 43 Brasília, 2006

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, v. 1.