

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
GRADUAÇÃO EM DIREITO

BERNARDO PEREIRA ROELKE

**DO ATIVISMO JUDICIAL E SUA DICOTOMIA NO
JULGAMENTO DA ADO/26: Da invasão da competência
legislativa ou da materialização dos direitos fundamentais**

VITÓRIA
2021

BERNARDO PEREIRA ROELKE

**DO ATIVISMO JUDICIAL E SUA DICOTOMIA NO
JULGAMENTO DA ADO/26: Da invasão da competência
legislativa ou da materialização dos direitos fundamentais**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito
para obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientado pelo professor Dr. Adriano Sant’Ana Pedra.

VITÓRIA

2021

Bernardo Pereira Roelke

**DO ATIVISMO JUDICIAL E SUA DICOTOMIA NO
JULGAMENTO DA ADO/26: Da invasão da competência
legislativa ou da materialização dos direitos fundamentais**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV,
como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___ de agosto de 2021

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof.
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão 26, por meio do qual a partir da exploração dos diferentes conceitos do ativismo judicial, almeja-se ponderar sobre a dicotomia entre a possível invasão da competência legislativa ou da materialização dos direitos fundamentais. Dessa maneira, visa-se destrinchar importantes conceitos constitucionais e penais, esses que remetem a própria estrutura da organização Estatal. Sob essa ótica, explica-se as diferentes atribuições derivadas da separação dos poderes, sendo importante a análise da legitimidade do Supremo Tribunal Federal de interpretar a Constituição. Em segundo lugar, explora-se as diferentes significações do ativismo judicial, bem como busca-se adotar um destes. Assim, para análise da decisão mencionada, explicita-se o conceito da legalidade penal, além do sentido normativo do termo racismo, o que torna possível ponderar, ao final acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da decisão.

Palavras-chave: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Supremo Tribunal Federal; Separação dos Poderes; ativismo judicial; princípio da Legalidade Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 DO PAPEL MAJORITÁRIO E CONTRAMAJORITÁRIO DOS PODERES	07
1.1 DAS ATRIBUIÇÕES LEGISLATIVAS, JUDICIÁRIAS E EXECUTIVAS.....	07
1.2 DO MECANISMO DOS FREIOS E CONTRAPESOS.....	15
1.3 DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO LEGITIMADORA DO PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	17
1.3.1 Da legitimidade do Supremo Tribunal Federal no exercício de interpretar a constituição	20
1.3.2 Da legitimidade democrática indireta do Supremo Tribunal Federal de exercer a interpretação da constituição	25
2 DO ATIVISMO JUDICIAL	27
2.1 DAS CONCEPÇÕES DO ATIVISMO JUDICIAL.....	29
2.2 DO ATIVISMO JUDICIAL NA LÓGICA DO JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE.....	35
3 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NÚMERO 26	39
3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO.....	40
3.2 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL.....	41
3.3 DO SENTIDO NORMATIVO DO TERMO RACISMO.....	44
3.4 DA INVASÃO DE COMPETÊNCIA E O POSSÍVEL DESVIO NA BALANÇA DA SEPARAÇÃO DE PODER.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

Primeiramente, urge destacar que a separação dos poderes constitui aspecto imprescindível para a organização e para o funcionamento do Estado, inclusive, apresenta-se como cláusula pétrea, como bem expõe o artigo 60, § 4º, inciso III da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o que corrobora com a importância atribuída a esse instituto. Nesse sentido, o artigo 2º da CF/88 evidencia a tripartição dos poderes, compreendidos pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Partindo do pressuposto desses três poderes como os órgãos basilares da estrutura do Estado, a análise das funções, a independência harmônica e a maneira como estes se relacionam configuram fatores essenciais para o entendimento do Estado Democrático de Direito.

Importantíssimo ressaltar que a defesa dos direitos humanos consiste em um dogma para qualquer ordenamento jurídico contemporâneo, por meio do qual deve-se salientar que no atual contexto brasileiro, a necessidade de medidas para a proteção de minorias desponta como fundamental, visto que os direitos destes são frequentemente ignorados e violados.

A partir disso, cabe elencar o objeto de estudo do presente trabalho acadêmico, analisar-se-á, sob o viés do ativismo judicial, a dicotomia entre a materialização dos direitos fundamentais e a possível invasão de competências da função Legislativa, tendo como escopo o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26 (ADO/26).

Com base nesse ponto, objetiva-se compreender se essa decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) atua em contraposição a independência e a harmonia da tripartição dos poderes estabelecida, no qual para isso, imprescindível a exploração dos inúmeros conceitos atrelados ao fenômeno do ativismo judicial, a análise das funções típicas e atípicas dos poderes, bem como o mecanismo de freios e contrapesos. Ademais, analisa-se a temática sob a e indubitável necessidade de criação de meios de defesa

para grupos frequentemente desrespeitados, violações estas consubstanciadas nas ilícitas e reprováveis práticas homofóbicas e transfóbicas.

Nesse contexto, torna-se fundamental analisar essa decisão do STF, por incidir diretamente na dignidade da pessoa humana e nos preceitos constitucionais e penais do ordenamento jurídico. Sob essa ótica, afirma que o combate a questão da homofobia e a transfobia consistem em um dos mais importantes aspectos a serem alcançados no atual cenário.

Por conta disso, o presente trabalho visa justamente partir do pressuposto de que a defesa e proteção aos direitos desses grupos devem estar de acordo com as normas jurídicas que fundamentam as Leis responsáveis por reger a sociedade. Desse modo, em um primeiro capítulo, analisar-se-á as diferentes atribuições de cada Poder, bem como o papel majoritário relacionado a função legislativa e o contramajoritário inerente à função jurisdicional. Descreve-se acerca da definição, disposições normativas e da funcionalidade do mecanismo de freios e contrapesos, este que desponta função imprescindível na manutenção da harmonia. Além disso, destrincha-se a legitimidade do STF de exercer a interpretação das normas constitucionais.

Em um segundo capítulo, explora-se as diferentes concepções relacionadas ao conceito de ativismo judicial, por meio do qual a partir da exposição destas, formula-se o conceito adotado pelo presente trabalho. Ademais, analisa-se tal fenômeno perante o entendimento de Ingborg Maus da atuação do Judiciário como superego da sociedade. No último capítulo, trata-se diretamente da ADO/26, tece-se, em primeiro plano, da contextualização dos fundamentos que envolvem a temática, o que consubstancia uma análise perante o princípio da legalidade penal e do sentido normativo do termo racismo. Assim, diante da exploração desses temas, ao final, pondera-se a dicotomia supramencionada, analisando uma possível invasão das competências e um consequente desvio na balança dos três poderes.

Desse modo, com a exposição da contemporaneidade da problemática, visa-se, com base na concepção a ser adotada do ativismo judicial, estabelecer uma tese, sendo o seguinte questionamento o cerne da pesquisa: o citado julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26 consiste em um mecanismo de materialização dos direitos fundamentais e dos demais postulados constitucionais ou representa uma invasão à competência legislativa?

1 DO PAPEL MAJORITÁRIO E CONTRAMAJORITÁRIO DOS PODERES

Diante da apresentação do contexto e das diretrizes básicas que envolvem a presente problemática, torna-se necessário a exposição de conceitos basilares para o desenvolvimento da pesquisa. Nesse sentido, analisar-se-á o aspecto da separação dos poderes, ou seja, a repartição das competências decorrentes da independência e da especialidade de cada poder. Ademais, deve-se estabelecer as bases do mecanismo de freios e contrapesos, a fim de delimitar as formas de balizamento desses órgãos.

Ainda neste capítulo, atém-se ao estudo da legitimidade do Supremo Tribunal Federal (STF) de exercer a interpretação da Constituição. Desse modo, consubstancia-se a análise dos aspectos essenciais para destrinchar o papel majoritário empreendido pelo Poder Legislativo e Executivo e do papel contramajoritário de responsabilidade do Poder Jurisdicional, este que compreende o objeto central da presente pesquisa.

1.1 DAS ATRIBUIÇÕES LEGISLATIVAS, JUDICIÁRIAS E EXECUTIVAS

A separação dos poderes constitui aspecto primordial da República brasileira, por meio do qual representa a repartição, isto é, diz respeito à maneira que o Estado se organiza e distribui suas diretrizes. Nesse contexto, importantíssimo delimitar que cada um desses órgãos possui distintas funções, ou seja, observa-se uma “especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza” (SILVA, 2005, p. 108). Diante disso, expressa-

se a existência de diferentes atribuições entre os poderes, o que explicita essa individualização funcional e independência. Assim, primeiramente, denota-se imprescindível destacar e descrever o conceito de poder e como esse se relaciona com grupos sociais.

O poder é um fenômeno sociocultural. Quer isso dizer que é fato da vida social [...] tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins (SILVA, 2005, p. 106)

Sob essa ótica, o Estado desponta como grupo de maior autoridade, pelo fato de empenhar o poder estatal. Dessa maneira, o aparato governamental dispõe de um poder capaz de sistematizar e determinar regras referentes à organização do governo e impor-se sobre os demais grupos (SILVA, 2005, p. 107). Nesse viés, ensina Michel Temer que o poder é uno, este entendido como um atributo estatal, ou seja, a partir dessa unicidade do poder, emerge-se a distinção entre os órgãos e suas respectivas funções (TEMER, 2002, p. 118).

Nessa perspectiva, sendo evidente esse poder imbuído do Estado, denota-se a materialização da separação dos poderes, consubstanciada no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, em que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). Assim, afere-se que o estudo das funções típicas de cada poder consiste em matéria fundamental para a presente tese, uma vez que são responsáveis pela estruturação da forma de governo do Brasil. A partir disso, desdobra-se a separação dos poderes, no qual como forma de exemplificar essa importância da individualização das funções e da independência, alude-se ao texto de James B. Thayer, citando o trigésimo artigo da Constituição de Massachusetts de 1780, que destrincha a função legislativa.

Em nenhum momento pode exercitar os poderes executivos e judiciais, ou algum dos dois; o executivo em nenhum pode exercitar o poder legislativo ou judicial, ou um dos dois; o judiciário, em nenhum momento, pode exercitar a função legislativa ou executiva, ou algum dos dois, no final, pode representar um

governo de leis, não de homens (MASSACHUSETTS *apud* THAYER, 1893, p. 134, tradução nossa)¹

Dessa forma, em consonância com o artigo da Constituição Brasileira, do texto constitucional do Estado Americano e segundo as lições de José Afonso da Silva, materializa-se a divisão dos poderes na especialização das funções, ou seja, na singularização de cada função exercida e na independência orgânica, isto é, na inexistência de subordinação entre os órgãos (SILVA, 2005, p. 109). A partir dessa individualização de funções e da concretização da autonomia, desdobra-se a função legislativa, executiva e judiciária.

Nesse sentido, ambos os artigos citados, tanto o da Constituição Brasileira quanto a do Estado Americano asseveram acerca da indisponibilidade dos poderes. Revela-se a vedação explícita de usurpações de funções, no qual “as constituições dos Estados foram específicas em dividir o poder de governo em três; delegando cada um para diferente departamento, demonstrando, as vezes, de forma explícita, a proibição de exercer um dos outros” (THAYNER, 1893, p. 134, tradução nossa)². Tal vedação ao crescimento de atribuições e poderes de um órgão em detrimento do outro é destrinchada nos artigos supracitados, em que se assevera que tal fenômeno deve ser completamente rechaçado pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que distorce totalmente dessa independência e harmonia postulada.

A partir disso, afirma-se que tal premissa é totalmente relacionada com o objeto de estudo da presente pesquisa, tendo em vista que se pretende, sob o viés do ativismo judicial, explorar o acontecimento de uma usurpação de atribuições dos poderes ou não, utilizando como base o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26.

¹ Do original: Shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive power or either of them, to the, it may be a government of laws, and not of men.

² Do original: The state constitutions had been scrupulous to part off the powers of government into three; and in giving one of them to each department, had sometimes, with curious explicitness, forbidden it to exercise either of others.

Tendo como base os pressupostos básicos estabelecidos, cabe aprofundar nas funções típicas e atípicas exercidas por cada poder. A função legislativa, compreendida pelo Congresso Nacional, visa a “edição de normas gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis” (SILVA, 2005, p. 108). Nesse contexto, pode-se afirmar que a função primordial do Poder Legislativo consiste em legislar, por meio do qual empreende-se as espécies normativas do artigo 59 da Constituição Federal, com exceção das medidas provisórias e Leis delegadas (TEMER, 2002, P. 131).

A função executiva tem por escopo “resolver problemas concretos e individualizados, de acordo com as Leis” (SILVA, 2005, p. 108). Nessa lógica, a referida função parte da existência de uma norma abstrata para executar atos que atinjam a coletividade. Assim, é por meio desses atos administrativos, concretizadores da função Executiva que se torna possível de o Estado gerenciar interesses coletivos (KLIPPEL, 2018, p. 4).

Além disso, tem-se a função jurisdicional, propondo a “imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade” (MORAES, 2014, p. 523). Nesse sentido, a partir da provocação da parte interessada, visa-se aplicar o ordenamento a um caso materializado, ou seja, busca-se “julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses” (MORAES, 2014, p. 523). Tendo em vista que o exercício do Poder Judiciário consiste em matéria primordial para o desenvolvimento da presente pesquisa, importantíssimo aprofundar no objeto executado por esse poder.

Pode-se definir jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da Lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares e de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da Lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. (CHIOVENDA, 2002, p. 8)

A partir dessa conceituação exauriente da função jurisdicional, percebe-se, de maneira explícita a importância atribuída ao Princípio da Legalidade. Assim, toda a atuação desse órgão se pauta na existência de Lei anterior que abrange, materializa a situação concreta percebida na controvérsia dos interesses.

Importantíssimo, delimitar, também, a existência de funções atípicas dos poderes, ou seja, estes não se restringem às funções típicas e essenciais supramencionadas. No que tange a função Legislativa tem-se a administração da estrutura e modo de operação, além do julgamento de certas autoridades, como Presidente da República (MORAES, 2014, p. 429). Por outro lado, a função atípica do Executivo consiste em editar espécies normativas, como os atos com força de lei, isto é, as medidas provisórias (TEMER, 2002, p. 157).

Por fim, no que se refere ao Poder Judiciário, observa-se os aspectos administrativos e legislativos. O primeiro se configura como imprescindível para garantir a autonomia desse órgão em relação aos demais, diz respeito a “regração sobre o pessoal administrativo” (TEMER, 2002, p. 172). A segunda se consubstancia na “edição de normas regimentais” (MORAES, 2015, p. 528), este fundamental para organização dos regimentos dos Tribunais.

A partir da observação das características típicas e atípicas de cada poder, torna-se possível a atuação destes em harmonia, isto é, em consonância, evitando que um órgão se sobreponha a outro.

Antes de adentrar na questão acerca do aspecto majoritário que caracteriza a função legislativa e executiva e da questão contramajoritária que materializa a função jurisdicional, importantíssimo delimitar uma diferenciação específica entre a função empreendida pelo Legislativo e aquela executada pelo Judiciário. Nesse sentido, a primeira visa a “composição inaugural de comandos com efeitos de eficácia geral” (TAVARES, 2005, p. 322), enquanto a segunda “se destina a aplicá-las na solução de lides” (SILVA, 2017, P. 560).

Dessa forma, a função legislativa busca atingir todos os indivíduos, ou seja, cria tais diplomas normativos para atingir toda a coletividade de forma generalizada, não se atendo a um determinado conflito. Por outro viés, na função jurisdicional observa-se a necessidade da provocação de determinado conflito para empreender a função, para

agir, utiliza-se como embasamento a norma abstrata e o caso apresentado para solucionar tal lide. Para melhor compreensão da dimensão da função jurisdicional e a diferenciação com a legislativa, imprescindível aludir ao supramencionado autor.

Dirige-se, indistintamente, a todas as pessoas. Não dá nada a ninguém especificamente. Confere a todos um direito abstratamente, e aquele que vier a encontrar-se na situação de fato descrita no texto da lei terá um direito subjetivo ao objeto nela indicado (SILVA, 2017, p. 560)

Estabelecidas essas imprescindíveis premissas, pautadas na especificação das atribuições típicas e atípicas de cada poder e a consequente diferenciação dessas funções, importantíssimo destrinchar o caráter majoritário dos poderes Executivo e Legislativo e a características contramajoritária empreendida pelo Poder Judiciário.

Com base nesse ponto, tendo como base essa diferenciação basilar, apresenta-se como evidente o caráter majoritário dos órgãos e das funções legislativa e executiva. Sob essa ótica, estes retiram sua legitimidade da própria soberania popular (artigo 1º, parágrafo único CF/88), uma vez que o exercício de suas funções está atrelado a escolha dos próprios cidadãos, fato este consubstanciado nos artigos 45, 46 e 77 da Constituição da República de 1988.

Dessa forma, os artigos citados alhures materializam que a escolha da população por tais representantes expressa seus anseios e suas necessidades, estas que fomentam a atividade legislativa e executiva. Nessa perspectiva, observa-se que o caráter majoritário desses poderes está caracterizado na escolha popular dos representantes, ou seja, concretiza-se uma legitimidade direta e representativa de atuação.

Em consonância com tal entendimento, segundo as lições de José Afonso da Silva, o Estado carece de vontade real, manifestando-se perante seus órgãos que expressam vontade humana (SILVA, 2005, p. 107). Desse modo, a partir do sufrágio popular e a consequente escolha dos representantes, pode o Estado exercer a vontade no âmbito executivo e legislativo, sempre tendo como parâmetro e diretriz o anseio da soberania

popular, aspecto este que se apresenta como ponto intrínseco e primordial para o papel majoritário das funções Executivas e Legislativas.

Por outro lado, importantíssimo analisar o papel contramajoritário exercido pelo poder jurisdicional, tendo em vista que este não retira sua legitimidade do sufrágio, isto é, não tem como característica basilar a representatividade popular. Nesse sentido, assevera-se que a função do poder judiciário não pode ser atrelada a nenhum anseio popular ou qualquer outro motivo que influencia a decisão, como bem expressa o seguinte entendimento.

Como o Tribunal Constitucional não tem compromisso partidário, nem compromisso com maiorias supostamente democráticas, ele é capaz de assegurar os direitos das minorias e, portanto, uma concepção mais forte de democracia, que respeita de verdade um pluralismo e uma diversidade de concepções (PEDRA, 2008, p. 218)

Embora a supramencionada proposição disserte acerca do Tribunal Constitucional, as lições se enquadram totalmente na explicitação da função contramajoritária, no qual sempre se tem como parâmetro a desvinculação de pressões populares majoritárias, o que é fundamental na concretização de postulados basilares da sociedade, fator que também constitui pressuposto da legitimidade indireta dessa função contramajoritária.

Nesse contexto, diante da referida ideia, imprescindível afirmar que tal papel contramajoritário é inerente ao próprio exercício da função do judiciário. Ora, como este órgão visa proporcionar uma solução a conflitos de interesse, a imparcialidade deve ser característica irrestrita, como bem alude Arruda Alvim.

Podemos, assim, afirmar que a função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, ainda, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes (ALVIM *apud* MORAES, 2014, p. 523)

Nesse sentido, em nenhum momento pode tal órgão se ver atrelado a qualquer anseio popular, tendo em vista que sua função se pauta, basicamente, em aplicar a norma do ordenamento jurídico ao caso apresentado. Dessa forma, como supramencionado, nada

caracteriza tanto o papel contramajoritário como a atividade jurisdicional de substituir a vontade das partes, no qual explicita-se que para o exercício dessa função, deve os articuladores estarem livres, diretamente, de qualquer necessidade ou motivação que venha a influenciar na decisão judicial (KLIPPEL, 2018, p. 9).

Aqui, importantíssimo entender acerca da imprescindibilidade dessa citada independência de anseios populares para atuação do poder jurisdicional. Nesse contexto, é partindo desse princípio que se concretiza postulados como estabilidade e segurança jurídica, uma vez que tal órgão, a partir da não vinculação a demais aspectos, pode empreender sua função de maneira completa.

Assim, com base nessa independência e desvinculação de anseios populares que se extrai a legitimidade indireta de atuação. Há de se fazer um paralelo e discordar com a estruturação de países em que se percebe a inexistência de separação de poderes, como por exemplo Cuba, por meio do qual a Assembleia Nacional do Poder Popular constitui órgão supremo de poder e de Estado (PEDRA, 2008, p. 197).

Neste cenário, o referido órgão é responsável pela estruturação de toda organização política de Cuba, inclusive sendo o Tribunal Supremo Popular subordinado hierarquicamente (PEDRA, 2008, p. 198). Ora, como pode um tribunal atuar, de acordo com suas diretrizes, se se encontra vinculado à disposição de órgão superior. Nessas circunstâncias inexistente a possibilidade da correta prestação jurisdicional em uma atuação dotada de imparcialidade e soberania, uma vez que os interesses deste órgão ainda estariam vinculados a Instituição superior, o que impede o livre exercício da função.

Assim, pode-se afirmar que em nenhum momento e em nenhum contexto o centralismo democrático (PEDRA, 2008, p. 198) atua em consonância com os postulados inerentes a legitimidade indireta e contramajoritária do judiciário, tendo em vista que se subordina a atuação independente de anseios populares desse poder a órgão fundado com pretensão oposta, isto é, garantir e concretizar anseios populares, características majoritárias, o que evidencia a contrariedade dessas organizações.

Assim, pode-se afirmar que a legitimidade indireta do poder jurisdicional é completamente relacionada a atuação independente e desvinculada de pressões e ideias populares, ou seja, diferentemente do monopólio organizacional supramencionado, a legitimidade indireta deve ser consubstanciada por um pluralismo democrático dos órgãos, fomentado pela inexistência de subordinação, caracterizando a independência.

Por conta disso, cabe explorar o mecanismo fundamental para garantia desse pluralismo democrático e dessa inexistência de subordinação entre órgãos, possibilitando assim, a atuação sincrônica e harmoniosa entre os poderes.

1.2 DO MECANISMO DOS FREIOS E CONTRAPESOS

Tendo como base a diferenciação das funções típicas e atípicas dos poderes, bem como a análise da característica majoritária do poder executivo e legislativo e contramajoritária do poder judiciário, urge ressaltar a necessidade de conceituação e exploração dos mecanismos de freios e contrapesos. A temática desponta como fundamental para o presente estudo, tendo em vista que o estudo acerca do modo de relacionamento entre tais entidades consiste em aspecto basilar para o desenvolvimento dos conceitos de ativismo judicial e para a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26/DF (ADO/26).

Por conta disso, neste tópico, visa-se destrinchar o sistema que confere estabilidade, representa o próprio sistema de controle dos poderes, basilar e imprescindível na manutenção e concretização do artigo 2º da CF/88. Dessa forma, é a partir mecanismo de freios e contrapesos que se obtém tal harmonia e autonomia entre os poderes, partindo-se deste que se tem a fiscalização de um poder pela ação do outro, como bem explica José Afonso da Silva.

Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da

coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um detrimento do outro e especialmente dos governados (SILVA, 2005, p. 110)

Nessa perspectiva, tal mecanismo se apresenta como essencial para fomentar e garantir a igualdade e independência no modo de relacionamento entre os poderes. Assim, há de concordar com a expressão de que “a separação dos poderes é uma garantia da liberdade, porque contra o poder só o poder” (PEDRA, 2008, p. 221), entendimento este materializado nas constantes intervenções de um poder sobre outro, o que caracteriza tal ação de fiscalização e tal concretização das liberdades.

Por conta disso, evita-se o sobrestamento de um órgão em detrimento do outro, ou seja, visa-se justamente evitar consequências desastrosas a independência dos poderes e o consequente desvio nessa harmonia e independência dos poderes da união, matéria esta que compreende a temática principal da presente pesquisa, compreensão esta exposta e lecionada por Michel Temer.

[...] proposta de um sistema em que cada órgão desempenhasse função distinta e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do poder. É o sistema de independência entre os órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades. (TEMER, 2002, p. 119)

Nesse contexto, exemplo clássico do funcionamento do sistema de freios e contrapesos consiste na atribuição de veto do Chefe do Executivo sobre projetos legislativos, este que pode ser superado por nova deliberação majoritária absoluta do órgão responsável pela legislatura (SILVA, 2005, p. 110). Ademais, tem-se a possibilidade do controle de constitucionalidade, isto é, quando o judiciário declara a (in)constitucionalidade de determinado objeto deliberado pela via legislativa ou executiva (SILVA, 2005, p. 111).

Estabelecidas as premissas acerca da existência desse sistema de freios e contrapesos, deve-se frisar acerca das consequências do aspecto contrário, isto é, quando essa harmonia se apresenta desrespeitada, quando a balança responsável pela igualdade e autonomia funcional dos poderes se encontra distorcida para um lado. Para isso, o

próximo capítulo da pesquisa visa justamente analisar o fenômeno do ativismo judicial, destringendo seu conceito e consequências.

Porém, antes disso, importantíssimo ocorrer a delimitação do agente responsável pela formulação do objeto da pesquisa, isto é, analisar as características e, principalmente a legitimidade do Supremo Tribunal Federal de atuar como intérprete da Constituição.

1.3 DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO LEGITIMADORA DO PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com o estabelecimento das premissas que consubstanciam a harmonia e independência dos três poderes, para o objetivo da presente pesquisa denota-se imprescindível ponderar acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal de exercer a interpretação da Constituição. A partir disso se torna possível a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 26, objeto central do estudo.

Primeiramente, denota-se importantíssimo trazer os ensinamentos de Peter Häberle sobre a hermenêutica constitucional, por meio do qual define-se interpretação como “atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compensação e à explicitação de sentido de norma” (GRUNDZÜGE *apud* HÄBERLE, 2002, p. 14).

Com base nesse ponto, o referido autor realiza uma relação entre a interpretação constitucional com a distinção entre sociedades fechadas e abertas, por meio do qual a primeira é caracterizada, unicamente “na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados” (HÄBERLE, 2002, p. 12).

Pode-se relacionar tal entendimento de sociedade fechada com o paralelo efetuado com a jurisdição constitucional de Cuba, questão esta explorada no primeiro tópico desse capítulo. Como citado alhures, observa-se o poder unitário empenhado pela Assembleia Nacional do Poder Popular, esta que a partir da premissa de que sempre pauta sua

atuação nos interesses do povo, passa a centralizar toda forma de interpretação da Constituição (PEDRA, 2008, p. 208).

Por conta disso, assim como nas conceituadas sociedades fechadas, na jurisdição constitucional de Cuba, “a Assembleia Nacional do Poder Popular se posiciona como juiz daquilo que é parte” (PEDRA, 2008, p. 2008), ou seja, tem-se a vinculação dessa interpretação constitucional a determinados e restritos olhares, ou seja, a um reservado número de intérpretes.

Ademais, a fim de demonstrar o enquadramento da jurisdição constitucional cubana com o conceito suscitado de sociedade fechada, cabe analisar outro fator que consubstancia tal relação. Aqui, cita-se o monopartidarismo, por meio do qual este atua como forma de “repressão a toda e qualquer oposição” (PEDRA, 2008, p. 203).

Desse modo, esse supramencionado aspecto é completamente correlacionado com as características da sociedade fechada, tendo em vista que ela restringe possíveis participações populares, ou seja, sob o fundamento da “necessidade de manter a unidade para superar as ameaças ao regime político” (PEDRA, 2008, p. 202), a formação e eleição do governo é fomentada sem nenhum pluralismo ou participação popular, uma vez que o órgão da Assembleia Nacional do Poder Popular, órgão supremo, controla a própria eleição (PEDRA, 2008, p. 203).

Assim, conclui-se que a partir dessa centralidade no processo político restringe-se as possíveis interpretações da constituição, tendo em vista que como a supramencionada Instituição controla a nomeação de todos os juízes, vincula-se a interpretação das normas constitucionais a vontade dessa Assembleia Nacional do Poder Popular, ou seja, assevera-se por essa inexistência, inclusive, de qualquer possibilidade de diversificação das interpretações que não seja aquela proliferada pela Assembleia Nacional. Por conta disso, diante dessa liberdade de opinião completamente restrita, inexistente qualquer tipo de legitimidade na atuação interpretativa dos Tribunais, uma vez que em nenhum momento usufruem de legitimidade, seja esta indireta ou seja esta direta.

Ao contrário, em sociedades abertas, “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos” (HÄBERLE, 2002, p. 13). Nesse sentido, em um lado temos a vinculação do exercício de interpretação da Constituição nas mãos de órgãos públicos encarregados, ou seja, restringe-se o campo de interpretação a determinados atores. Por outro lado, a principal característica das sociedades abertas consiste na inexistência dessa vinculação, tem-se discricionariedade entre os agentes aptos a realizar o ato interpretativo, o que prolifera ideias de liberdade de manifestação, entendimento este consubstanciado por Eros Roberto Grau.

O intérprete produz a norma jurídica não por diletantismo, porém visando a sua aplicação a casos concretos. Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar [=compreender] os textos normativos, mas também compreendermos [=interpretarmos] os fatos. (GRAU, 2006, p. 182)

Desse modo, com base na lição do Ex-Ministro e tendo como parâmetro a ideia supramencionada de sociedade aberta afirma-se pela indissociabilidade desta com o próprio princípio democrático, ou seja, a teoria da interpretação das normas constitucionais materializa a própria teoria democrática (HÄBERLE, 2002, p. 14). Nessa perspectiva, afere-se que a característica marcante dessa sociedade aberta consiste no fato de que todos os sujeitos envolvidos no processo democrático consistem em intérpretes da constituição, como bem alude o referido autor.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou diretamente um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico (HÄBERLE, 2002, p. 15).

Assim, pode-se entender que o exercício de uma sociedade aberta é fundamental para legitimação do papel contramajoritário exercido pelo Judiciário, matéria esta destrinchada anteriormente. Haja vista que diante da legitimidade democrática indireta dos órgãos jurisdicionais, a participação popular no controle e na própria interpretação das normas desponta como imprescindível para alcançar tal legalidade e legitimidade.

Desse modo, diante da distinção trazida por Peter Häberle, pode-se concluir que as sociedades ditas como fechadas agem em contramão ao princípio democrático, por essa própria vinculação da interpretação a determinados agentes, aqui, deve-se concordar que a interpretação das normas deriva da própria vivência dos indivíduos sob tal regulamentação (HÄBERLE, 2002, P. 13).

Nesse sentido, cabe excluir a existência de restrições no ato de interpretação da Constituição, ou seja, esta não pressupõe “um evento exclusivamente estatal” (HÄBERLE, 2002, p. 23). Porém, embora não compreenda um ato restrito ao aparato governamental, a fim de garantia da segurança jurídica e da própria estabilidade, deve-se fixar a competência de interpretação final, por meio do qual, normalmente, recai sobre a égide da jurisdição constitucional expressar a última palavra interpretativa (HÄBERLE, 2002, p. 14).

Portanto, diante dessas premissas introdutórias, conclui-se acerca da total correlação entre a adoção de uma sociedade aberta com a materialização dos princípios democráticos. Ou seja, a partir da constatação que todos os indivíduos participam da interpretação das normas, o papel contramajoritário do Judiciário passa a ter validade, tendo em vista a possibilidade de controle e manifestação sobre as ações desse órgão. Diante disso, no decorrer deste sub-tópico, cabe explorar o responsável pela última palavra na interpretação das normas constitucionais na jurisdição brasileira, papel este exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

1.3.1 Da legitimidade do Supremo Tribunal Federal no exercício de interpretar a Constituição

Assim, nesta parte, explorar-se-á as atribuições do STF ao exercer o papel de Guardião da Constituição (SILVA, 2017, p. 565). Cabe adicionar, que o referido Tribunal possui suas competências elencadas no artigo 102 da Constituição da República de 1988.

Dessa maneira, parte-se do princípio da vivência em uma sociedade aberta, por meio do qual todos os indivíduos empenham papel na interpretação das normas, no qual o empreendimento desta função “se dá sempre a partir de uma visão de mundo, de uma espécie de lente da qual se veste o intérprete para compreender um objeto” (DEZAN; FREIRE JÚNIOR, 2019, p. 53). Nesse contexto, a interpretação dos símbolos consiste em algo intrínseco a própria convivência na sociedade, no qual os indivíduos podem aplicá-la, seja no plano teórico, ou no prático, o que é materializado no pensamento de Peter Häberle.

quem vive a norma acaba por interpretá-la, ou pelo menos co-interpretá-la. [...] Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada (HÄBERLE, 2003, p. 13/14)

Porém, importante ressaltar que apesar de todos os sujeitos participarem desse processo interpretativo “apenas uma certa categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o ponto culminante que se encontra no momento da definição da norma de decisão” (GRAU, 2006, p. 182). Nesse sentido, aqui explicita-se a própria separação das funções dos poderes, por meio do qual atribui-se ao Judiciário, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal a competência de prover essa interpretação das normas constitucionais.

Desse modo, neste tópico, visa explorar a legitimidade desse órgão encarregado pela interpretação final e definitiva, assim, analisar-se-á a legitimidade do STF para prover dessa interpretação. Nesse momento, importantíssimo entender as lições acerca da jurisdição constitucional, no qual entende-se que essa objetiva a “proteção da Constituição em todas as suas dimensões” (TAVARES, 2005, p. 144).

A partir disso, aqui, cabe explicitar a função jurisdicional, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal em interpretar e realizar o controle das normas.

Os deveres das cortes, nos dizem, é meramente e simplesmente baseado na construção de dois escritos e na comparação de um ao outro, como dois contratos ou dois estatutos que são construídos e comparados entre si, quando alegam a existência de conflito; declarando o verdadeiro sentido de cada, e caso

se opõem, utilizar-se da constituição como a obrigação superior (THAYER, 1894, p. 138, tradução nossa.)³

Tendo como base o explicitado, cabe concordar que o exercício interpretativo visa, justamente, explorar os possíveis significados de determinado texto, aplicando o entendido como correto ao contexto. O exercício interpretativo pode ser inclusive compreendido no sistema escalonado de Kelsen, por meio do qual “A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (KELSEN, 2015, p. 387).

Sob essa ótica, assevera-se pela supremacia constitucional no processo de interpretação, uma vez que esse conjunto de normas constitui o parâmetro central, basilar para entendimento do significado dos demais textos normativos. Tendo em vista que o presente tópico visa explorar a legitimidade atribuída ao Supremo Tribunal Federal, deve-se ater ao significado de interpretação autêntica e sua consequente atividade interpretativa cognoscitiva, descrita pelo referido autor, em que a primeira compreende ao exercício interpretativo realizado pelos órgãos aplicadores do Direito (KELSEN, 2015, p. 388).

É a partir do exercício segunda, também empenhada pelo órgão estatal que se torna possível a extração da norma, no qual por meio de uma operação de conhecimento, e tendo como base o leque de possíveis significados interpretativos, o ato de vontade do órgão aplicador na escolha de um destes significados representa a criação do próprio direito aplicável a certo caso concreto e individualizado (KELSEN, 2015, p. 394). Assim, a fim de sintetizar o supramencionado entendimento, cabe citar o aludir a seguinte conclusão.

Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente levada a cabo pela ciência jurídica. (KELSEN, 2015, p. 394).

³ Do original: “The court`s duty, we are told, is the mere and simple office of construing two writings and comparing one with another, as two contracts or tow statues are constructed and compared when they are said to conflict; of declaring the true meaning of each, and, if they are opposed to each other, of carrying into effect the constitution as being of superior obligation”

Portanto, diante dos conceitos interpretativos adotados, cabe destrinchar a legitimidade do Supremo Tribunal Federal no exercício dessa interpretação autêntica e na sua respectiva atividade cognoscitiva. Com isso, em um primeiro lugar delimita-se as bases dessa função interpretativa e, em um segundo momento, analisar essa legitimidade sob o ponto de vista da democracia.

Nesse contexto, para a legitimidade dessa função, parte-se do princípio de que “o fundamento de validade das decisões constitucionais seria a Constituição” (TAVARES, 2005, p. 220). Assim, compreende-se que todo ato interpretativo efetuado pelo STF deve ter como parâmetro central a própria Constituição, ou seja, pode-se concluir que o exercício interpretativo consiste, propriamente, em uma função constitucional inerente a esse órgão.

Desse modo, concorda-se com o entendimento de André Ramos Tavares na medida que o processo interpretativo não pode ter como resultado a criação de novos enunciados normativos, uma vez que esta matéria está delegada ao poder legislativo (TAVARES, 2005, p. 219). Ora, tal entendimento materializa a própria separação dos poderes explorada no início do capítulo, no qual não cabe ao poder jurisdicional inovar o ordenamento jurídico, matéria esta que é, indiscutivelmente pertencente, originariamente a função legislativa.

Sob essa ótica, o processo de interpretação legítimo é aquele “pelo qual o Tribunal constrói a norma a ser aplicada, a partir do enunciado fornecido pelo legislador” (TAVARES, 2005, p. 219). Deve-se concordar plenamente com o supracitado, por meio do qual é a partir da criação dessa norma abstrata pelo legislador que se permite a interpretação do tribunal, em nenhum momento pode este atuar de forma discricionária no sentido de constituir, por si só um enunciado com eficácia abstrata.

Por conta disso, entende-se que essa delimitação para a função interpretativa citada consiste no fato basilar que permite a legitimidade dos órgãos jurisdicionais, especialmente do STF de exercer a interpretação das normas constitucionais.

Estabelecida essa premissa, cabe analisar a natureza dessa função interpretativa, tendo em vista que muitos autores a consideram, prontamente, um exercício legislativo, uma vez que delimita o sentido e conteúdo de ato legislativo (SCHMITT *apud* TAVARES, 2005, p. 222). Revela-se a existência de uma linha tênue entre a função jurisdicional e a legislativa, fator este que desempenha aspecto fundamental para a conclusão da presente pesquisa, uma vez que se analisa, justamente, a interpretação constitucional adotada pelo STF no julgamento da ação de inconstitucionalidade por omissão número 26.

Assim, a fim de tornar notório, entende-se que a função interpretativa exercida pelo Supremo Tribunal Federal “não se deve confundir com atividade legislativa em sentido estrito” (TAVARES, 2005, p. 223). Assevera-se que para que não ocorra essa confusão terminológica, deve o órgão jurisdicional observar a competência atribuída a ele pela Constituição. Nesse contexto, para uma lícita e legítima interpretação das normas constitucionais deve o Supremo Tribunal Federal partir de uma criação legislativa para a posterior extração do significado atribuído ao texto.

Nesse contexto, para concluir, suscita-se que a competência de inovação do direito consiste na função legislativa, enquanto a interpretação para fins de incidência no ordenamento jurídico é de responsabilidade do poder jurisdicional.

Estabelecida essa premissa, ainda tendo como base esse conceito essencial citado, em suas derivações, pode-se afirmar pela existência de um notável e perceptível limite no exercício interpretativo, este constituído no dever do órgão jurisdicional de se ater a sua função designada pela Constituição, ou seja, percebe-se a clara vedação as usurpações de funções dos demais poderes no ato de interpretação das normas, evitando assim que o Tribunal inove, crie o próprio Direito Constitucional (TAVARES, 2005, p. 226).

A partir disso, destrincha-se o inegável papel legítimo do STF de executar a tarefa de interpretação das normas constitucionais, sendo imprescindível a observação dos próprios limites impostos na magna carta.

1.3.2 Da legitimidade democrática indireta do Supremo Tribunal Federal de exercer a interpretação da constituição

Para finalizar a análise da legitimidade do STF de exercer a atividade interpretativa definitiva da Constituição, cabe explorar os questionamentos acerca dessa legitimidade sob o ponto de vista da sociedade democrática. Nesse sentido, em muitos casos, questiona-se essa atribuição, tendo em vista a inexistência de escolha popular direta na definição desses intérpretes definitivos das normas constitucionais, problemática esta lecionada pelo referido autor.

Esse talvez seja um dos paradoxos da Justiça Constitucional: sua ampla aceitação e seu contínuo questionamento democrático, que implica a construção incessante de limites ou contornos precisos de sua atuação (TAVARES, 2005, p. 492).

Nesse contexto, assevera-se a existência de questionamentos acerca da legitimidade democrática de tal Tribunal, no Brasil consubstanciado de forma análoga no Supremo Tribunal Federal. Grande parte dessas indagações são provenientes do fato de que os integrantes do STF (Ministros) não são escolhidos diretamente pelo povo, ou seja, não gozam de tal representatividade majoritária. Com isso, neste tópico, abordar-se-á a legitimidade indireta desses órgãos, bem como a correlação deste aspecto com o papel contramajoritário exercido pelo Tribunal supramencionado.

Desse modo, como já aludido, a principal crítica consiste no fato de que a “A Justiça Constitucional, nesse sentido, seria um governo composto por pessoas não representativas da sociedade, porque não conduzidas a seus cargos pelo voto popular” (TAVARES, 2005, p. 493).

O primeiro aspecto legitimador deste Tribunal consiste que no contexto da sociedade brasileira, dispõe a Constituição de 1988, no parágrafo único do artigo 101 que estes integrantes do STF são de escolha do Presidente, fator este que será utilizado de base para argumentação sobre a legitimidade indireta desse órgão.

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (BRASIL, 1988)

Sob essa ótica, assevera-se pela legitimidade democrática indireta, por meio do qual além de serem indicados pelo próprio Presidente da República, este escolhido pelo crivo majoritário dos cidadãos votantes, para sua admissão se torna necessário a análise do Senado Federal, outra instituição que goza de função majoritária.

Dessa maneira, afirma-se que essa legitimidade ocorre de maneira indireta, sendo o poder constituinte originário responsável por atuar como fonte legitimadora dessa função de interpretação das normas Constitucionais. Assim, pode-se concluir que essa legitimidade no exercício de interpretar a Constituição emana, indiretamente, da própria vontade popular, no qual “o Tribunal Constitucional não só se assume como órgão legítimo, como também sua legitimidade é, em certa medida, democrática-majoritária e representativa” (TAVARES, 2005, p. 517).

Cabe salientar, ainda, um segundo aspecto legitimador desse tribunal correlacionado com o princípio democrático. Nesse sentido, cita-se a obrigação da devida fundamentação em toda as decisões judiciais, fator este materializado no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988, *in verbis*.

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988)

Nessa perspectiva, tanto o aspecto da publicidade, quanto da fundamentação se apresentam como circunstâncias que permitem essa legitimidade, pois concretizam o próprio controle da população sobre este órgão. Aqui, substitui-se essa legitimidade

democrática indireta, para um controle posterior, revestindo tanto o STF, quanto o Poder Jurisdicional como um todo de eficácia democrática.

Pode-se extrair, ainda, um terceiro aspecto legitimador do Supremo Tribunal Federal, este decorrente da própria função contramajoritária exercida pelo órgão. Como já demonstrado (*vide 1.1*), a função jurisdicional é desvinculada de anseios populares ou pressões, ou seja, deve esta função ser empreendida tendo como base a imparcialidade, o que permite uma aplicação correta do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, como pode o Tribunal em questão atuar em conformidade com o ordenamento jurídico e com os valores, postulados inerentes a sua função se se encontra vinculado a questões majoritárias, isto é, pressões populares. Em um contexto como este, em nenhum momento poderia o Tribunal atuar na defesa de pretensões minoritárias, por exemplo, o que é completamente contrário a real função desse órgão, este entendimento é brilhantemente materializado na seguinte explicação.

Recorda-se que a existência de um Estado Constitucional, como Estado Limitado, implica na existência de órgão “neutro” que seja curador da Constituição, garantindo-a, tanto nas eventuais violações como por seu constante cumprimento, funcionando, se necessário, como policial das leis e dos poderes (TAVARES, 2005, p. 493)

Portanto, conclui-se que essa legitimidade indireta do Supremo Tribunal Federal é decorrente de sua própria atribuição, isto é, de atuar de maneira desvinculada de qualquer outra pretensão, o que permite a defesa de minorias caso necessário. Assim, pode-se consubstanciar que o papel contramajoritário também atua como circunstância legitimadora desse Tribunal, caracterizando, ainda mais, essa legitimidade indireta.

2 DO ATIVISMO JUDICIAL

Diante das premissas estabelecidas no capítulo anterior, torna-se perceptível a distinção das funções entre os poderes componentes da República, bem como a independência e harmonia entre os mesmos. Ademais, destrinchou-se os mecanismos fundamentais para

aferição e concretização desses postulados, em que se destaca o sistema dos freios e contrapesos. Ainda, explora-se a questão da interpretação das normas constitucionais, tendo como base os estudos de Peter Häberle, conceitos e ponderações imprescindíveis que materializam a legitimidade do Supremo Tribunal Federal de exercer a interpretação das normas constitucionais.

Nesse contexto, partindo desse estabelecimento de pressupostos básicos que envolvem a presente problemática, no presente capítulo cabe analisar o conceito de ativismo judicial, concepção esta que assume papel basilar para o estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26. Desse modo, em um primeiro momento cabe demonstrar as inúmeras possibilidades conceituais deste fenômeno, bem como apontar aquele que se apresenta mais determinante para a presente pesquisa.

Após tal exposição, cabe aprofundar nas possíveis consequências desse instituto, traduzidos na possibilidade de (in)ocorrência de um agigantamento do poder jurisdicional e na possível emancipação do judiciário como superego da sociedade, tendo como base os textos de Ingeborg Maus.

Nesse sentido, assevera-se que o presente capítulo visa discorrer acerca da dicotomia que embasa a pesquisa, sendo o ativismo um fenômeno que viola completamente a separação de poderes ou um instituto que atua na materialização e garantia dos postulados e direitos da Constituição. Dessa forma, para uma vertente, tem-se o ativismo funcionando como “verdadeira necessidade constitucional permitida pelo sistema de freios e contrapesos em face da finalidade maior de garantir a plena supremacia e efetividade das normas constitucionais” (MORAES, 2014, p. 789), ou seja, empreende um modo de atuação dos Tribunais que possibilita a materialização dos postulados Constitucionais.

Para outro entendimento, “teríamos com o ativismo judicial, clara afronta à Separação dos Poderes, com direta usurpação das funções da legislatura e da autoridade administrativa” (MORAES, 2014, p. 789), isto é, a atuação do Tribunal tem, por

consequência, uma notável violação a separação dos poderes supramencionada, bem como ao sistema de freios e contrapesos, o que consubstancia uma própria ofensa a Constituição, dada a invasão às competências dos demais poderes.

Assim, diante das diretrizes básicas expostas, cabe explorar os conceitos pertinentes ao Ativismo Judicial, no qual a partir da adoção de um deles, torna-se possível suprir a dicotomia citada, tendo como base o julgamento da ADO/26 pelo Supremo Tribunal Federal.

2.1 DAS CONCEPÇÕES DO ATIVISMO JUDICIAL

Diante dos aspectos introdutórios que delimitam a dicotomia, objeto central da pesquisa, deve-se partir da premissa que a função jurisdicional visa, sempre, com base no caso apresentado, produzir uma norma jurídica concreta, ou seja, deve-se ater ao pressuposto da existência de um caso individualizado, este fundamental para a incidência da norma abstrata. Nessa perspectiva, evidencia-se a perceptível e indubitável diferença entre a função empenhada pela Jurisdição e a realizada pelos órgãos legislativos, por meio do qual ao contrário daquele, este se pauta em um contexto abstrato, afastado da materialização de uma situação individualizada e concreta. Baseando-se nessa diferença entre as funções e no mecanismo de freios e contrapesos, pode-se aferir pela busca incessante ao equilíbrio da balança dos três poderes. Nesse viés, para o presente estudo, torna-se fundamental analisar o aspecto contraditório, isto é, quando ocorre a possibilidade de desvio dessa harmonia.

Assim, “a desarmonia, [...] se dá sempre que se crescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro” (SILVA, 2005, p. 111). Por conta disso, denota-se essencial refletir sobre as diferentes concepções de ativismo judicial, tendo em vista que o presente trabalho se pauta na possível correlação entre este fenômeno e essa desarmonia supracitada, o que é fundamental para resolução da dicotomia apontada.

Sob essa ótica, importantíssimo entender o ativismo judicial como um conceito multidimensional (CAMPOS, 2012, p. 152), pelas inúmeras vertentes de idealização e conceituação. Assim, diante dessas múltiplas conotações possíveis a expressão e, conseqüentemente ao fenômeno (GROSTEIN, 2019, p. 27), visa-se explorar e abordar as diferentes concepções ilustradas, a fim de que se torne possível adotar uma delas para utilizar como base para desenvolvimento do trabalho.

Importantíssimo suscitar o entendimento de Júlio Grostein, pela qual estabelece quatro concepções imprescindíveis sobre o ativismo judicial, sendo este observado nos julgamentos orientados pelo resultado; na criação judicial do direito; na indevida superação de precedentes e na utilização de métodos não ortodoxos de interpretação (GROSTEIN, 2019, p. 56). Dessa maneira, o presente estudo atém-se a três destas, tendo em vista que o último entendimento se refere, basicamente, ao modo de interpretação da Constituição dos Estados Unidos, o que distorce da temática do estudo.

Nesse viés, o julgamento orientado pelo resultado caracteriza o ativismo como o “desvirtuamento da função de julgar, isto é, a decisão judicial proferida com base nas convicções políticas, valorativas ou ideológicas do julgador” (GROSTEIN, 2019, p. 57). Sendo, assim, nessa visão, enquadra-se na concepção de ativismo todo aquele julgador que, ao desempenhar a função, correlaciona a decisão com valores particulares (GROSTEIN, 2019, p. 57). Ou seja, o ativismo se consubstancia na utilização de motivos subjetivos pela autoridade judiciária para empreender o julgamento.

Com base nesse ponto, em nenhum momento atrela-se a função jurisdicional com preceito basilar inerente a mesma, isto é, a imparcialidade, postulado esculpido no artigo 5º, inciso XXXVII e LIII da CF/88, uma vez que “o juiz se vale de motivos próprios, pré-determinados, para decidir um caso” (GROSTEIN, 2019, p. 57). Desse modo, importantíssimo sumarizar a concepção de ativismo judicial com base no julgamento orientado pelo resultado, como bem leciona o referido autor.

Assim, é correto dizer que o dever de imparcialidade imposto aos membros do Poder Judiciário implica em que qualquer desvirtuamento do dever de julgar conforme o direito significará algo que pode ser tachado de ativista, sob a concepção denominada *result-oriented judging* (GROSTEIN, 2019, p. 59)

Nesse momento, cabe aqui suscitar que tal concepção de ativismo supramencionada atua, totalmente, em contramão a função contramajoritária do poder jurisdicional, o que evidencia a ilegalidade e a contrariedade ao direito dessa concepção. Ora, como pode tal órgão atuar livre de anseios ou qualquer outro tipo de pressão popular se o responsável por tal função tem como base no empreendimento de sua atividade motivos subjetivos inerentes. Aqui, obviamente, não se fala em neutralidade, tendo em vista sua impossibilidade, porém, deve o julgador gozar de imparcialidade para julgar o caso, o que não se percebe nesse tipo de concepção de ativismo judicial, consubstanciando essa total contrariedade ao direito.

Diante disso, entende-se que tal julgamento orientado pelo resultado é completamente contrário aos pressupostos constitucionais e representa um evidente risco a própria atuação da jurisdição, uma vez que carecem de legitimidade, no qual ao invés de atuarem com base no ordenamento jurídico, os atores jurisdicionais atuam partindo de motivos subjetivos.

Outra concepção de ativismo judicial consiste na que este fenômeno atua na indevida superação dos precedentes, estes imprescindíveis na formação e na garantia de segurança jurídica, no qual constituem sistema fundamental para conferir previsibilidade do direito (GROSTEIN, 2019, p. 71). Segundo esse entendimento, tem-se o ativismo judicial quando os órgãos julgadores “não se colocam como atores restringidos por precedentes” (CAMPOS, 2012, p. 159). Ou seja, de maneira indevida, contorna-se a aplicação de precedentes anteriores, estes que constituiriam medida suscetível para julgamento do caso atual. (GROSTEIN, 2019. p. 72). Com isso, para essa vertente, o ativismo se consubstancia na violação indevida e ilegítima do sistema dos precedentes, fato que acarreta profundas distorções a segurança jurídica e a própria simetria dos pronunciamentos judiciais, como bem refere-se Carlos Azevedo Campos.

Acima da estabilidade, certeza e uniformidade do direito proporcionadas pelo respeito aos precedentes, os ativistas escolhem exercer a flexibilidade interpretativa e decisória se isso for necessário para a construção do sentido correto das normas constitucionais – correto segundo suas perspectivas. (CAMPOS, 2012, p. 160).

Cabe salientar, ainda, a concepção do ativismo judicial que se pauta na criação judicial do direito, matéria esta que desponta como fundamental para a presente problemática, por consistir no fato a ser discutido no julgamento da ADO/26. Nesse sentido, para essa concepção, parte-se da premissa já estabelecida nesta pesquisa, no qual, conforme destrinchado no primeiro capítulo, é de responsabilidade do legislador dispor de normas de eficácia geral, isto é, diplomas normativos abstratos, enquanto cabe a jurisdição efetuar essa relação entre o campo abstrato e a situação individualizada e concreta apresentada.

Assim, assevera-se, mais uma vez, que “a jurisprudência não ostenta função criadora do ordenamento jurídico, não detendo, em realidade, o poder de introduzir regras jurídicas novas” (GROSTEIN, 2019, p. 63). Sob essa ótica, para essa vertente de ativismo judicial, tal fenômeno é percebido quando ocorre tal ação por parte dos Tribunais de dispor, criar diplomas normativos que tem como alcance superior a situação concreta apresentada, como bem observa o citado autor.

De toda sorte, os estudos arrolados [...] atrelam a criação judicial do direito, no Brasil, a toda e qualquer decisão, emanada do Judiciário pátrio, que efetivamente dispõe sobre o caso concreto, porém inovando na ordem jurídica, fora das balizas impostas pelo próprio constituinte ou pelo legislador (GROSTEIN, 2019, p. 64)

Nesse sentido, tal concepção de ativismo judicial se pauta na atuação do judiciário como órgão fundador das normas abstratas, no qual “as cortes constitucionais e supremas, assumem competências legiferantes reservadas, *a priori*, pela constituição, aos outros poderes, em especial ao legislativo” (CAMPOS, 2021, p. 154), importante também aludir a concepção preconizada por Cícero Alexandre Granja acerca de seu entendimento sobre o conceito do ativismo judicial.

O papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, em muitas vezes, à formulação da própria lei (GRANJA, 2013)

Segundo esse viés, corrompe-se, completamente, a independência harmônica e funcional dos poderes, pela sobreposição, usurpação da função legislativa pelo órgão jurisdicional, por meio do qual o juiz empreenderia uma função legislativa, criando o direito, ao invés de apenas tratar de sua aplicabilidade (CAMPOS, 2012, p. 154).

A partir desse estabelecimento das premissas básicas das concepções do ativismo judicial, imprescindível aqui adotar aquela determinante para o desenvolvimento da pesquisa e para a análise da ADO/26. Nesse sentido, aqui, deve-se ater a concepção do ativismo como criação judicial do direito, na medida em que um dos objetivos de estudo consiste na avaliação da (in)ocorrência de uma violação a separação de poderes por parte do Judiciário.

Com base nesse ponto, para fins de análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal, deve-se ater a concepção de ativismo judicial com base no conceito aludido de Carlos Azevedo Campos, por meio do qual entende-se “o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes políticos-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos” (CAMPOS, 2012, p. 152). Nesse sentido, para concretização do conceito adotado, importantíssimo também aludir ao texto de Luís Roberto Barroso, que consubstancia o conceito determinante de ativismo judicial, bem como destrincha os meios de ocorrência.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 6)

Assim, sintetiza-se o fenômeno nesse modo de atuação dos Tribunais que distorce as funções inerentes a separação dos poderes e as próprias diretrizes de julgamento, tendo, por consequência, em muitos casos, uma própria invasão a competência de outro instituto, ou seja, pauta-se, basicamente na “substituição da vontade do legislador, promovendo as liberdades civis e os direitos das minorias e corrigindo, por via judicial, o que entendiam como erro dos legisladores” (BARREIRA, 2020, p. 38).

Dessa forma, há de se concordar que o ativismo judicial “diz respeito a como o magistrado age no campo discricionário, de modo, a partir dos enunciados normativos ou factuais, a adotar critérios de sua exclusiva escolha” (BARREIRA, 2020, p. 38). Nessa lógica, explicita-se que é partir dessa inexistência de restrições que ocorrem as violações as competências legislativas e executivas, ou seja, assevera-se que o ativismo na concepção de criação judicial do direito sempre parte do princípio de uma violação do princípio constitucional de separação dos poderes.

A partir dessas bases conceituais estabelecidas, cabe aqui explorar outro panorama do ativismo judicial. Certa vertente entende que esse instituto, não necessariamente, pode representar essa distorção aos preceitos constitucionais. Tal perspectiva enquadra esse fenômeno “como um elogio ao juiz que salvaguarda direitos civis” (GROSTEIN, 2019, p. 59). Nesse contexto, parte-se do princípio de que “a agenda das cortes constitucionais é composta principalmente dos conflitos dramáticos que envolvem direitos fundamentais” (CAMPOS, 2012, p. 156).

Desse modo, em vias de concretizar a aplicabilidade desses direitos fundamentais, muitas das vezes, utiliza-se dessas decisões ativistas, o que afirma o protagonismo judicial nessas questões essenciais (CAMPOS, 2012, p. 156). Assim, com base nessa necessidade de garantia dessas normas constitucionais, essa vertente doutrinária defende a utilização de práticas que podem ser inseridas no contexto supramencionado de ativismo, o que pode ser materializado no entendimento de Manoel Messias Peixinho.

No direito constitucional contemporâneo se reconhece que a doutrina da separação dos poderes deve ser vista de uma nova maneira com a existência

de uma Jurisdição Constitucional, que além de deter as competências típicas, é-lhe reservada, concorrentemente, a missão indelegável de efetivar os direitos fundamentais. (PEIXINHO, 2008, p. 37)

Nessa perspectiva, na persecução por esses direitos fundamentais, pode-se permitir a atuação do Judiciário como legislador positivo, mesmo que implique na formação de um superlegislador (MORAES, 2014, 789), fator este seria justificado pela “necessária colmatação das lacunas constitucionais geradas pela omissão total ou parcial dos outros Poderes, ou ainda, pelo retardamento da edição de normas que possibilitem a plena efetividade do texto constitucional” (MORAES, 2014, p. 789).

Sob essa ótica, é partindo dessa concepção de ativismo judicial adotada e dessa outra perspectiva explorada que se torna possível explicitar ponto fundamental do presente estudo, uma vez que este fenômeno é caracterizado, muitas das vezes por uma indubitável dicotomia. Assim, adiciona-se o elemento paradoxal da pesquisa, associado a analisar, partindo do conceito de ativismo judicial supramencionado, a dicotomia desse instituto na materialização dos direitos fundamentais ou na usurpação das competências, tendo como contexto base o julgamento da ADO/26.

2.2 DO ATIVISMO JUDICIAL NA LÓGICA DO JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE

Tendo como base o conceito adotado para delimitação do ativismo judicial, neste tópico cabe correlacionar o citado aspecto com o pensamento de Ingborg Maus, no qual propõe a analisar o judiciário como superego da sociedade. Dessa maneira, cabe explicitar as concepções de *id*, *ego* e *superego* segundo a psicanálise.

Em primeiro lugar, caracteriza-se o *id* como o “conjunto de conteúdos de natureza pulsional e de ordem inconsciente, constituindo o polo psicobiológico da personalidade” (LIMA, 2009, p. 281). Para análise da concepção do *ego*, deve-se ter como ponto de partida o próprio *id*, isto é, os desejos do inconsciente, e correlacionados com a realidade

(LIMA, 2009, p. 281), a partir disso, revela-se que o “ego se desenvolve a partir da diferenciação das capacidades psíquicas em contato com a realidade exterior [...] atua como mediador entre o id e o mundo exterior” (LIMA, 2009, p. 281).

Cabe salientar, ainda, o *superego*, fundamental para aferição das personalidades, tanto no âmbito moral quanto social (LIMA, 2009, p. 281), atua como “juiz ou um censor relativamente ao ego [...] constitui-se por interiorização das exigências e das interdições parentais” (LIMA, 2009, p. 281).

Com base nesse ponto, partindo dos conceitos básicos da psicanálise de id, ego e superego, fundamental correlacionar com a questão do judiciário como superego da sociedade, no qual explicita-se, por consequência a elevação do protagonismo desse órgão, como bem alude Ricardo Goretti.

O Judiciário no Brasil afirma sua condição de protagonismo social, ao passo que se consolida no imaginário social como uma superestrutura paternalista, responsável por suprir toda sorte de necessidades, desejos e carências, até mesmo as mais íntimas, atinentes à vida privada (GORETTI, 2017, p. 54)

É com base nessa elevação do protagonismo que se visa inserir o ativismo judicial, sendo esse fenômeno causa primordial para tal citado protagonismo, ou seja, a partir de decisões ativistas que tem por pressuposto a invasão da competência de outro poder, o Judiciário coloca-se nessa situação de protagonista, inferindo em atribuições que, constitucionalmente, não pertencem ao mesmo. Afere-se que tal protagonismo tem preocupantes consequências quanto a própria separação dos poderes descrita na constituição, uma vez que diante dessa elevação de protagonismo tem-se o abalo nesse equilíbrio e na harmonia que caracteriza a separação, fundamento este descrito por James Thayer.

A interferência do judiciário em atos legislativos, se frequente ou por motivos duvidosos, pode ocasionar um ciúme tão grande do poder e um preconceito tão geral contra ele a ponto de levar a medidas que terminem na derrubada total da independência dos juizes (THAYER, 1893, p. 142, tradução nossa)⁴

⁴ Do original “The interference of the judiciary with legislative acts, if frequent or on dubious grounds, might occasion so great a jealousy of the power and so general a prejudice against it as to lead to measures

A partir dessa limitação dos conceitos básicos que delimitam a temática, importantíssimo trazer o conceito e as consequências de uma sociedade órfã, no qual esta “promove a infantilização dos sujeitos, cuja consciência de suas relações de dependência também desvanece” (MAUS, 2010, p. 15).

Nesse sentido, elenca a mencionada autora, dois motivos que consubstanciam a elevação do judiciário ao papel de superego da sociedade, o primeiro, na “ampliação objetiva da função da justiça pela expansão de seu poder de interpretação” (MAUS, 2010, p. 15), por meio do qual correlaciona-se, diretamente com a temática do ativismo abordado, visto que este fenômeno parte de uma interpretação extensiva pelos juízes, invadindo competências de outro órgão. O outro requisito consiste no “entendimento do Judiciário por parte da população que assume traços de uma veneração religiosa” (MAUS, 2010, p. 15), isto é, na emancipação como instância única e primária da resolução das controvérsias (GORETTI, 2017, P. 54).

Sob essa ótica, entende-se que o ativismo judicial consiste em fenômeno basilar e primordial para tal concepção do judiciário como superego da sociedade, uma vez que a partir dessas decisões distorce-se as funções estabelecidas pela separação dos poderes, o que tem, por consequência a elevação desse poder jurisdicional “à condição de instância moral superior da sociedade, [...] subtraída aos mecanismos sociais de controle” (MAUS, 2010, p. 19), aqui, o Judiciário assume para si o papel e as atribuições de outras agremiações, condicionando a uma posição superior frente aos demais.

Nesse contexto, a partir dessa sobreposição aos demais órgãos, tem-se, por consequência impactos na harmonia e na independência dos poderes, uma vez que a divisão das funções não é mais respeitada. Desse modo, elenca-se, aqui, a principal consequência desse protagonismo do Judiciário, no qual coloca-se os indivíduos em “posição degradante de dependência em relação ao poder de tutela de juízes e tribunais” (GORETTI, 2017, p. 51). Assim, torna-se perceptível o enquadramento do judiciário

ending in the total overthrow of the independence of the judges, and so of the best preservative of the constitution

como instância de superego da sociedade, visto que este passa a mediar os impulsos da sociedade e da cultura, atuando como órgão delimitador das condutas e de repressão das mesmas (LIMA, 2009, p. 281).

Dessa forma, importantíssimo ater-se aos ensinamentos de Ingborg Maus, no sentido que se analisa a ótica judiciária alemã, por meio do qual a partir de uma posição supralegal, ao invés da competência de o Poder Jurisdicional derivar da Constituição, isto é, ter origem a partir desta, tal poder passa a preceder a própria Carta Magna, sobrepondo a atuação dos demais órgãos estabelecidos (MAUS, 2010, p. 25). Cabe ressaltar, que esta concepção pode ser totalmente relacionada ao fenômeno do ativismo, na medida em que a partir desse exercício deturpa-se as normas constitucionais, colocando tal órgão em uma instância acima dos demais, o que é consubstanciado no pensamento da referida autora.

O Tribunal submete todas as demais instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios jurídicos suprapositivos por ele afirmados, enquanto ele mesmo isenta-se de todas as vinculações jurídico-constitucionais. (MAUS, 2010, p. 25)

Ou seja, na análise das funções dos demais Poderes, o Judiciário observa friamente a atribuição destes na Constituição, porém, na aferição de sua competência, parte de uma interpretação que sobrepõe sua atuação a própria função estabelecida ao mesmo pela Carta Magna. Nessa lógica, é nesta interpretação expansiva e abusiva que se enquadra o ativismo judicial, sendo este causa primordial para elevação do Judiciário como instância superior, como superego da sociedade.

Cabe alertar, que nesse protagonismo do Judiciário não se percebe a intenção perceptível do poder jurisdicional de substituir uma vontade imperial (MAUS, 2010, p. 19), isto é, tal elevação a superego da sociedade não parte de um pensamento ditatorial. Nos casos, percebe-se apenas a atuação dos agentes do poder mencionado para suprir as necessidades da sociedade, porém, o que torna ilegítimo tal atividade é a inexistência de respeito aos dispositivos da própria Constituição. Nesse contexto, aqui assevera-se pela inexistência de dolo ou de pensamentos autoritários, apenas em uma atuação

expansiva, no qual para suprir necessidades e anseios, extrapola-se a competência estabelecida pela Constituição.

Diante dos conceitos explorados e na concepção do ativismo como causa fundamental para elevação desse protagonismo judicial, cabe afirmar pela completa relação entre tal protagonismo e a concepção do judiciário como superego da sociedade, no qual parte-se do “processo de dependência e veneração ao poder que os juízes e tribunais exercem em termos de determinação dos rumos da vida pública e privada” (GORETTI, 2017, p. 54). Assim, cabe analisar tal acepção de protagonismo e da atuação do Judiciário como superego da sociedade perante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26, no qual a luz do conceito adotado de ativismo judicial procura-se correlacionar esses citados temas.

3 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NÚMERO 26

Diante do estabelecimento de premissas conceituais básicas exploradas nos capítulos anteriores, neste capítulo procura-se explicitar o objeto central do estudo, isto é, analisar, à luz dos conceitos mencionados, o julgamento do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26/DF.

Com base nesse ponto, em um primeiro momento, atém-se a uma contextualização da ação, suscitando os pressupostos basilares do pleito, em um segundo momento, estuda-se conceito fundamental que envolve a temática, o princípio da legalidade penal, este imprescindível para a análise do ativismo judicial. Após, tratar-se-á do sentido normativo da palavra racismo, isto é, com base no ordenamento jurídico visa-se destrinchar a extensão e o alcance do racismo.

Diante desses conceitos e pressupostos fundamentais que envolvem o objeto, pode-se ponderar, com base no conceito de ativismo judicial adotado se a ADO/26 constitui ou

não uma decisão ativista, sendo que ao final analisar-se-á a dicotomia inerente ao ativismo judicial.

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO

Diante da exposição da estrutura e das diretrizes da tripartição dos poderes, da exploração de concepções do ativismo judicial, do estabelecimento de um conceito base para esse instituto, urge analisar a ADO/26, no qual trata da aplicação da Lei do Racismo (Lei 7.716/89) a casos relacionados a homofobia e transfobia.

Nessa perspectiva, a posição doutrinária que defende a constitucionalidade dessa medida alega a omissão legislativa, tendo em vista a inexistência de marco normativo ou projeto de criminalização dessas condutas (BRASIL, 2019, ADO 26). Nesse sentido, alega-se a defesa da dignidade da pessoa humana e a materialização dos direitos elencados no art. 5, XLI, fatores estes que, segundo tal vertente, consubstanciam uma omissão legislativa que provoca a necessidade de colmatação do vazio pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, para a vertente que defende a inconstitucionalidade dessa ação, argumenta-se pela direta afronta ao mecanismo de freios e contrapesos, gerando, por consequência, um exagerado ativismo judicial, na invasão do poder jurisdicional a competência do Legislativo. Nesse viés, consubstancia a ilegitimidade na violação ao princípio da legalidade das normas penais, vez que o ordenamento jurídico veda a existência de crime sem lei anterior que o tipifique.

Assim, diante da denotação dos argumentos e da problemática que envolve o julgamento da ação, em primeiro plano, cabe explorar o princípio da legalidade penal e o sentido normativo do termo racismo, aspectos estes fundamentais para a análise da presente temática, para que ao final, torne-se possível a ponderação da (in)ocorrência de invasão das funções do poder legislativo.

3.2 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

A partir do estabelecimento das premissas básicas que englobam a presente temática, importantíssimo observar importantíssimo princípio do Direito Penal, materializado na legalidade, esse que constitui aspecto basilar de todas as normas penais, preceito que, inclusive, relaciona-se com o próprio Estado de Direito, bem como leciona Rogério Greco.

Estado de Direito e princípio da legalidade são dois conceitos intimamente relacionados, pois num verdadeiro Estado de Direito, criado com a função de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, exige-se a subordinação de todos perante a lei. (GRECO, 2018, p. 143)

Dessa maneira, esse supramencionado princípio é materializado no artigo 5º, inciso XXXIX da CF/88 e no artigo 1º do Código Penal, no qual “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940). Sob essa ótica, afirma-se que a lei consiste na única fonte do Direito Penal, ou seja, na imposição de uma sanção, deve existir uma lei que a regule (GRECO, 2018, p. 144).

Diante disso, assevera-se que para criação de tipos penais deve-se ter como ponto de partida a criação de dispositivo normativo que regule o acontecimento fático, isto é, não se observa possibilidade de penalização de determinada conduta, por ato normativo posterior a ocorrência do fato. Consubstancia-se tal entendimento no conceito adotado do princípio da legalidade, em alusão a Cesare Beccaria.

A primeira consequência destes princípios é que só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social (BECCARIA, 1999, p. 30)

Com base nesse ponto, pode-se entender que tal princípio do direito penal se apresenta como um limite ao poder punitivo Estatal, isto é, atua como uma garantia contra possíveis ações do poder público que representam usurpações, invasões de suas competências (GRECO, 2018, p. 144). Nesse sentido, suscita-se pela total aplicabilidade do presente princípio a problemática, uma vez que o principal argumento na arguição de

inconstitucionalidade dessa decisão consiste no desrespeito, violação a tal princípio, pela inexistência de ato normativo emanado pelo poder Legislativo que enquadre tal situação como crime.

Importantíssimo destacar o desdobramento do princípio da legalidade, materializado no postulado da reserva legal, por meio do qual descreve-se que com base na repartição das competências da Constituição, certas matérias devem ter como ponto de partida a criação de lei formal (BITTENCOURT, 2021, NP). Nesse sentido, observa-se a incidência desse supramencionado preceito no artigo 22, inciso I da CF/88, em que cabe unicamente a União, incumbindo o Congresso Nacional legislar sobre o direito Penal (BITTENCOURT, 2021, NP).

A partir desses fundamentos do princípio da Legalidade Penal, cabe enquadrar o preceito como um imprescindível postulado do Direito Penal, responsável pela própria segurança jurídica da sociedade, uma vez que é com base neste que se permite a harmonia entre cidadãos e o aparato repressor. Dessa forma, cabe aqui elencar função primordial, no qual tal princípio atua em busca de proibir e coibir o uso de analogias para criação de crime (GRECO, 2018, p. 146).

Dessa maneira, torna-se fundamental sustentar a ilegitimidade das analogias *in malam partem*, isto é, aquelas utilizadas para desfavorecer o acusado, no qual, a partir da comparação expande-se um tipo penal, a fim de prejudicar a situação do indivíduo (GRECO, 2018, p. 95). Importantíssimo salientar que na ADO/26 em nenhum momento observa-se o emprego desse tipo de analogia, o que se percebe é uma interpretação da noção normativa de racismo para abranger práticas homofóbicas e transfóbicas. Com isso, aqui, deve-se enfatizar a observância desse princípio, dada a indubitável necessidade de expressa previsão legal das condutas para serem criminalizadas, como bem lecionado.

Se o fato não foi previsto expressamente pelo legislador, não pode o intérprete socorrer-se da analogia a fim de tentar abranger fatos similares aos legislados em prejuízo do agente (GRECO, 2018, p. 147)

Assim, a partir de tais premissas, torna-se possível conferir estabilidade e segurança às normas, o que eleva o postulado da legalidade penal como fator basilar do ordenamento jurídico. Sob essa ótica, entende-se aqui que para criminalização de condutas, a lei antecedente se configura como fator basilar, isto é, deve-se ater, totalmente ao preceituado no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição da República. Com o intuito de sedimentar e consolidar essa importância de observância do princípio da legalidade, reforça-se o fato de que consiste em competência legislativa criar e fundamentar as normas penais, ou seja, em nenhum momento pode ator do poder jurisdicional, por exemplo, aplicar a indivíduo pena que supera o próprio limite escolhido e discutido pelo legislador (BECCARIA, 1999, p. 30).

Nesse contexto, ao Poder Judiciário não cabe a formulação de normas penais, não é de sua competência atuar como fonte criadora de Leis, mas sim como ente que as aplicam, como bem explica o aludido autor, cabe aos magistrados executar o silogismo perfeito, tratando a lei como premissa maior (BECCARIA, 1999, p. 33). Importantíssimo afirmar que nesse exercício interpretativo das leis, deve-se basear em seu sentido restrito, isto é, não deve o intérprete expandir, estender o significado de determinada norma para englobar situações não definidas pelo Legislador como crime, assim, afirma-se que se deve, ao máximo, respeitar o aspecto taxativo das leis, como bem leciona o seguinte autor.

O princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao Judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio (QUEIROZ *apud* GRECO, 2018, p. 148)

Desse modo, tendo em vista o conceito desse princípio e sua importância na garantia da segurança jurídica, fundamenta-se como primordial analisar a medida de equiparação de atos de homofobia e transfobia ao crime de racismo, tendo em vista que inexistente uma ação do legislador que produza um diploma legal que criminalize a conduta.

Nessa perspectiva, cabe aqui sustentar pela violação à Constituição e, conseqüentemente, ao princípio analisado nesse tópico, uma vez que a decisão em

questão utiliza de uma interpretação extensiva dos dispostos na Lei do Racismo para fomentar a criação de um novo tipo penal. Desse modo, a partir desse método comparativo, enquadra-se uma situação, anteriormente não tipificada como criminosa, em um tipo penal criado pelo Legislador, vide Lei do Racismo (Lei 7.716/93). Aqui, observa-se pela inércia deste último órgão citado, uma vez que em nenhum momento participa dessa tipificação penal, competência esta que é única e restrita a sua atribuição, o que, segundo a vertente mencionada, evidencia uma contrariedade da ação do STF com a competência atribuída pela Constituição a este.

Com isso, a partir da fundamentação da legalidade penal e sua relação completa com a competência legislativa de criação das normas que regulam a sociedade, visa-se destrinchar acerca de uma possível violação da mencionada ADO/26 para com o princípio estudado, uma vez que inexistente ação do Poder Legislativo em criminalizar tais condutas. Logo, cabe avaliar uma possível ocorrência de invasão da competência por parte Judiciário ao Legislativo, no qual se deve sempre analisar perante a dicotomia inerente ao ativismo judicial, uma vez que no presente caso, também se leva em questão a necessária e inerente defesa dos direitos fundamentais.

3.3 DO SENTIDO NORMATIVO DO TERMO RACISMO

A partir da exposição geral do preceito da legalidade penal, aspecto fundamental da temática, torna-se fundamental analisar, primeiramente, o sentido normativo do termo racismo, a fim de diferenciar seu uso técnico de seu emprego corriqueiro, assim, sintetiza-se que o presente tópico visa explorar os diferentes sentidos da palavra.

Cabe definir língua como “sistema de símbolos (palavras) e relações conforme regras” (FERRAZ, 2015, p. 227). Dessa maneira, afirma-se que partindo da análise de um enunciado, pode-se transcrever, extrair as possíveis significações das palavras, o que é fundamental para obtenção do sentido das mesmas.

Sob essa ótica, é por meio desse conjunto de enunciados e símbolos que as normas jurídicas estabelecem as diretrizes do corpo social, uma vez que em suma maioria os ordenamentos jurídicos se encontram positivados, isto é, escritos, no qual destaca-se que é a partir da análise desses que se extrai as significações, os conteúdos das normas.

Partindo desse viés, importantíssimo aqui diferenciar o sentido onomasiológico do aspecto semasiológico, por meio do qual o primeiro se denota como “o uso corrente para a designação de um fato” (FERRAZ, 2015, p. 51), ou seja, significa o citado uso corriqueiro, livre de qualquer sentido técnico específico. Por outro lado, o segundo é entendido como “significação normativa” (FERRAZ, 2015, p. 51), isto é, representa os sentidos técnicos específicos de determinadas áreas. Nesse sentido, o presente tópico visa destrinchar o sentido semasiológico do termo racismo, no qual utiliza-se como base a descrição feita pelo ordenamento jurídico.

Com base nesse ponto, torna-se imprescindível ponderar acerca da relação da realidade fática do cotidiano e os aspectos normativos do ordenamento jurídico. Para isso, assevera-se por uma vinculação, uma correlação entre o sentido onomasiológico e o semasiológico, visto que a aplicabilidade de uma norma jurídica recai, primordialmente, devido a incidência de seu conteúdo em uma situação fática, esta que vai englobar o escopo normativo do sentido semasiológico.

Nesse contexto, tendo como base a presente problemática, no qual busca-se ponderar, sob a ótica do ativismo judicial o julgamento da ADO/26 pelo Supremo Tribunal Federal, destaca-se a necessidade de análise do art. 5º, incisos XLI e XLII da CF/88, bem como do art. 1º da Lei 7.716/1989. O primeiro artigo citado aborda a questão da discriminação e a conseqüente necessidade de legislação para punição dessa conduta, já o segundo, trata do termo racismo. A Lei complementar citada descreve as punições referentes a práticas discriminatórias, no qual a análise de seu primeiro artigo se denota como fundamental, por meio do qual é a partir desta que se suscitam as atividades interpretativas quanto ao alcance e a abrangência do termo racismo.

Art. 1 Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (BRASIL, 1989, Lei 7.716)

Art. 5 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 (BRASIL, 1988, CF/88)

Com base nesse ponto, deve-se partir da premissa que tais enunciados normativos possuem diferentes significados perante o contexto atribuído, como por exemplo, tendo como ponto de partida o inciso XLI citado, qual seria a abrangência do termo discriminação, quais situações fáticas do cotidiano podem ser englobadas por esse termo. Dessa maneira, de maneira onomasiológica, analisando o termo racismo, cabe interpretar o mesmo como “preconceito e discriminação direcionados a alguém tendo em conta sua origem étnico-racial” (RACISMO, 2021).

Nesse sentido, a partir da adoção do sentido onomasiológico do termo racismo, segundo concepção de dicionário da língua portuguesa, para observação e delimitação do sentido semasiológico, torna-se necessário uma observação desse símbolo, no qual configura-se como importantíssimo entender que outras vertentes expandem esse conceito.

Em julgamento do Habeas Corpus número 82.424 (Caso Ellwanger), o Supremo Tribunal Federal englobou a noção de racismo para fundamentar a condenação do indivíduo pela divulgação de material antissemita. Sob essa ótica, entende-se aqui por uma interpretação extensiva do sentido normativo do termo racismo, porém, cabe alertar que em nenhum momento defende-se a impossibilidade de criminalização da conduta citada, apenas postula-se pela correta incidência do ordenamento jurídico, sendo que a punição há ser efetuada deve também observar as regras que norteiam a sociedade.

Nesse contexto, assevera o Ministro Moreira Alves, em seu voto no julgamento supracitado que “por mais amplo que seja o sentido de racismo, não abrange ele,

evidentemente, por exemplo, a discriminação ou preconceito quanto à idade ou ao sexo” (BRASIL, 2003, p. 9). Partindo desse viés, defende o mesmo uma interpretação de maneira estrita do artigo 5, XLII CF/88, isto é, em nenhum momento permite uma extensão do sentido do termo para abranger outras práticas (BRASIL, 2003, p. 9).

A partir da delimitação básica, entendeu o Ministro em seu voto que o crime descrito no artigo supramencionado abrange apenas a “discriminação ou preconceito racial” (BRASIL, 2003, p. 14). Diante disso, a partir da opinião supramencionada, pode-se extrair o sentido semasiológico dado pelo Ministro ao sentido técnico do termo racismo.

Porém, cabe aqui concordar com outra vertente, em que o Ministro Maurício Correa se utilizou do dicionário da Universidade de Oxford. Para fins desse estudo, entende-se tal concepção como ideal, no qual denota-se como importantíssimo descrever os conceitos de raça e racismo segundo a fonte citada, o primeiro consiste no “tratamento desigual de um grupo populacional baseado apenas em sua possessão de traços físicos ou outras características socialmente definidas como denotando uma raça particular” (MARSHALL *apud* BRASIL, 2003, p. 15). Já o segundo compreende-se como “um sistema determinista de crenças que sustenta o racismo, ligando tais característica a traços físicos ou psicológicos baseados em valoração negativa” (MARSHALL *apud* BRASIL, 2003, p. 15).

Com base nesse ponto, entendeu o mesmo que a situação não pode ser enquadrada no sentido do termo de racismo, sendo esta interpretada de maneira estrita, porém, ao caso, pode-se englobar o material fático na prática de discriminação (FAVARETO, 2016, NP). Ora, para fins desse estudo, não há como discordar dessa preposição, inclusive, deve-se fundamentar o sentido normativo do termo racismo e da conotação de raça na concepção do citado Ministro Mauricio Correa. Nesse sentido, observa-se que o julgamento do *habeas corpus* supramencionado pode ser completamente correlacionado com o presente caso, por meio do qual também se parte de uma análise do alcance e do sentido normativo do termo racismo.

A partir disso, importantíssimo descrever que embora as condutas homofóbicas e transfóbicas constituam práticas extremamente reprováveis e passíveis de punição, não podem as mesmas serem enquadradas na interpretação limitada e restritiva do termo racismo, sendo as mesmas correlacionadas a discriminações. Com isso, imprescindível ater-se ao conceito de homofobia e transfobia descritos no próprio voto do relator Celso de Mello, em alusão a Paulo Roberto Iotti Vecchiatti.

A homofobia se refere ao preconceito e/ou à discriminação contra homossexuais (gays e lésbicas) e bissexuais, ao passo que transfobia é o preconceito e/ou discriminação contra travestis, transexuais e transgêneros em geral. (VECCHIATTI *apud* BRASIL, 2019, p. 12).

Assim, fundamentalmente, assevera-se que tal conceito se aproxima, muito mais, da concepção de discriminação descrita no inciso XLI do artigo 5 da Constituição do que do próprio inciso XLII, este que descreve a conotação de racismo. Desse modo, entende-se pela inaplicabilidade do conceito adotado perante o art. 1^a da Lei 7.716/89, dada a inexistência de previsão específica que tipifique as condutas homofóbicas e transfóbicas, ou seja, adota-se aqui uma interpretação taxativa, restrita a conotação dos termos descritos no artigo supramencionado. Assim, tendo em vista o sentido normativo adotado para os termos raça e racismo, afirma-se pela impossibilidade de enquadramento de condutas homofóbicas e transfóbicas em crimes decorrentes de “preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (BRASIL, 1989, NP).

Partindo desse viés, conclui-se então pela impossibilidade de abrangência da referida Lei a atitudes homofóbicas e/ou transfóbicas, sendo que para a imprescindível e necessária criminalização destas, fator essencial consiste na criação de marco punitivo específico, honrando com a legalidade.

A partir do estabelecimento dessas premissas, pode-se afirmar que qualquer exercício interpretativo dos símbolos, em seu sentido normativo, isto é, semasiológico, deve partir de uma interpretação sistemática, essa que se fundamenta no fato que “qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, para que se preserve a coerência do todo” (FERRAZ, 2015, p. 245). Dessa forma, para

as interpretações desses conceitos, pauta-se em seu contexto, no qual abrange-se tanto os aspectos normativos como os fáticos, consubstanciado no caso concreto, como bem leciona o seguinte autor.

É importante compreender que toda interpretação ocorre em um determinado contexto, que não pode ser desconsiderado. Em verdade, não há texto sem contexto. A Constituição e a realidade social sempre se buscam (PEDRA, 2017, p. 28).

Desse modo, percebe-se a importância da interpretação dos símbolos presentes nos conteúdos normativos, fato que eleva a relevância da observação da abrangência do significado técnico-normativo de racismo, no qual, em nenhum momento deve-se desvincular do contexto fático. Assim, conclui-se que para a interpretação jurídica dos termos, necessariamente deve-se atrelar o conteúdo normativo com os fatos sociais. Dessa forma, embora a noção de racismo não se apresente como um conceito preciso, deve-se partir de uma interpretação restritiva do mesmo, não o entendendo como incidente no caso observado.

3.4 DA INVASÃO DE COMPETÊNCIA E O POSSÍVEL DESVIO NA BALANÇA DA SEPARAÇÃO DE PODER

A partir da exposição da contextualização dos fatos e dos argumentos que envolvem o julgamento da ADO/26, importantíssimo nesse último tópico do trabalho ponderar, tendo como base o conceito adotado de ativismo judicial, a (in)ocorrência da invasão de competência por parte do Judiciário sobre a função legislativa. Dessa forma, é a partir dos estudos do princípio da legalidade e do sentido normativo de racismo que se pode chegar à conclusão do tema. Assim, com base nas questões elencadas nessa pesquisa, visa-se, primeiramente tecer algumas observações das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

Nesse contexto, a supramencionada ação apresenta-se materializada no artigo 103, § 2 da CF/88, por meio do qual “visa tornar efetiva norma constitucional, devendo ser dada

ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias” (MENDES, 2021, p. 1420). Por conta disso, sumariza-se que o provimento da ADO está relacionado a constatação de uma “incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela Constituição e a conduta negativa do Poder Público” (BRASIL, 2019, p. 9)

Sob essa ótica, afirma-se que essa espécie do controle abstrato de constitucionalidade brasileiro possui como objeto, ponto de incidência a morosidade das instituições competentes de determinados atos (MENDES, 2021, p. 1420). Partindo desse viés, na ADO/26 discute-se, justamente, uma possível omissão do órgão legislativo, dada a inexistência de marco normativo que disponha de normas penais incriminadoras das condutas homofóbicas e transfóbicas.

Com base nesse ponto, como bem leciona o referido autor, “somente reconhece a omissão inconstitucional se se verifica o inadimplemento do dever constitucional de legislar” (MENDES, 2021, p. 1424). Nessa perspectiva, a questão problemática no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão consiste na abrangência e amplitude da decisão do STF. Para fins desse estudo, em casos de alegações de omissões do órgão legislativo, atém-se, ao máximo, a literalidade do artigo 103, § 2 CF/88, no qual deve o julgador “limitar-se, nesses processos, a declarar a configuração da omissão constitucional, determinando, assim, que o legislador empreenda a colmatação da lacuna” (MENDES, 2021, p. 1435).

Tendo como base essa conclusão acerca da amplitude possível no julgamento das ADOs, pode-se partir para uma análise do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão número 26, por meio do qual argui-se pela “existência dessa incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela Constituição, em seu artigo 5, XLI [...] e a conduta negativa do Poder Legislativo” (BRASIL, 2019, p. 10).

Em primeiro lugar, imprescindível explicitar os pedidos que compõem a petição inicial do julgado, por meio do qual, pleiteia-se o reconhecimento da omissão inconstitucional do órgão Legislativo, bem como a sua cientificação para deliberação das medidas

necessárias, sendo formulado um prazo pelo STF para tal criação (BRASIL, 2019, p. 6). De maneira subsidiária a esse pedido citado, pede-se pela “colmatação jurisdicional da lacuna normativa existente, conferindo-se interpretação conforme as disposições normativas previstas na Lei n 7.716/89” (BRASIL, 2019, p. 6), ou seja, neste ponto, alega-se pela possibilidade de se enquadrar as condutas homofóbicas e transfóbicas nas condutas criminalizadas pela Lei do Racismo.

Em caso de não reconhecimento desse pleito, pede-se pela criação legislativa pelo próprio Tribunal, superando o princípio da legalidade (BRASIL, 2019, p. 6). Ao final, “pleiteia-se, finalmente, o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público” (BRASIL, 2019, p. 6).

No dia 13 de junho de 2019, fora publicado o acórdão referente ao julgamento da referida ação, por meio do qual reconheceu-se a mora inconstitucional do Poder Legislativo, mais especificamente do Congresso Nacional, em que, por consequência, declarou-se a omissão desse citado órgão (BRASIL, 2019, ADO/26). Ademais, traço primordial da decisão para a presente análise consiste na técnica utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, no qual realizou-se uma interpretação conforme a constituição, no sentido de enquadrar atos de homofobia e transfobia nos tipos penais descritos na supramencionada Lei do Racismo (BRASIL, 2019, ADO/26).

Cabe salientar, ainda, um último mandamento importante do referido acórdão, *in verbis*:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5 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 e razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei n 7.716, de 08/01/1989 (BRASIL, 2019, ADO/26)

Desse modo, evidencia-se a necessidade de expor os fundamentos jurídicos, por meio do qual entende-se que a supramencionada decisão se reveste pelo caráter ativista, uma vez que atua completamente fora das balizas constitucionais, isto é, deturpa

completamente os limites estabelecidos na Constituição na divisão das funções dos poderes.

Assim, cabe discordar da posição adotada pela Suprema Corte, no qual embora aqui defenda-se a existência de uma omissão constitucional do órgão legislativo, o teor da decisão, ao expandir o significado exposto na Lei 7.716 as condutas homofóbicas e transfóbicas fomenta uma violação ao princípio da legalidade penal e ao sentido normativo do termo racismo, o que caracteriza o conteúdo ativista da mesma.

Nessa perspectiva, aprioristicamente, cabe formular ponderações acerca da omissão constitucional existente ao caso concreto, uma vez que como observado no tópico 3.3, as práticas homofóbicas e transfóbicas, no plano da hermenêutica, se assemelham muito mais a práticas discriminatórias do que daquelas descritas na lei supramencionada. Diante disso, cabe aqui concordar com o postulado pelo Ministro Alexandre de Moraes, na constatação indubitável da incidência completa do artigo 5, inciso XLI da CF/88 ao caso, aspecto justificado pelas corriqueiras e frequentes manifestações de ódio, consubstanciados em atos de violência física/moral, o que torna incontestável a aplicabilidade do mandamento constitucional supracitado (BRASIL, 2019, p. 12).

A partir do entendimento de uma omissão inconstitucional por parte do órgão legislativo, importantíssimo sustentar pela impossibilidade de provimento jurisdicional para suprir tal lacuna, uma vez que deve, justamente e unicamente a função legislativa tratar da criação de marcos normativos, fator este que concretiza o caráter ativista, revelando a usurpação de competência do Legislativo, por parte do Supremo Tribunal Federal.

Tendo como base o entendimento da existência de uma omissão inconstitucional, atém-se aqui que é no momento em que o Supremo Tribunal Federal busca soluções para suprir a existência dessa brecha normativa que se revela o caráter problemático do julgado. No voto do relator Celso de Mello, destrincha-se duas possíveis medidas com o intuito de suprir tal lacuna, *in verbis*.

(a) cientificação do Congresso Nacional, para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, § 2. c/c Lei n 9.868/99, art. 12-H, “caput”); ou, então

(b) reconhecimento imediato, por esta Corte, de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei n 7.716/89, em ordem a que se tenham como tipificados, na condição de delitos previstos nesse diploma legislativo, comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável LGBT. (BRASIL, 2019, p. 65)

É no acolhimento do tópico “b” do citado trecho que se defende a violação ao postulado da legalidade penal, uma vez que como já observado, na criminalização de condutas, a Lei desponta como fonte primordial, o que não é percebido no caso das condutas homofóbicas e transfóbicas, dada a inexistência de conteúdo normativo necessário específico.

Tendo como base o estudo de Cesare Beccaria, tal decisão desrespeita a tarefa do magistrado de efetuar o silogismo perfeito (1999, p. 33), no qual cabe a esses aplicar as leis criadas pelo Poder Legislativo, assim, no exercício de sua função não deve o magistrado transformar-se em legislador (BRASIL, 2019, p. 38). É evidente a necessidade de garantir a segurança de grupos minoritários, porém, tal defesa não deve ser efetuada de maneira que comprometa a segurança jurídica de determinada sociedade, como bem observa o Ministro Ricardo Lewandowski.

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos (BRASIL, 2019, p. 19)

Nesse sentido, embora tenha asseverado o Ministro Alexandre de Moraes que se deve utilizar do método hermenêutico para garantir a concretização dos direitos fundamentais (BRASIL, 2019, p. 34), não pode esta atividade extrapolar o próprio sentido e o conteúdo da norma, isto é, embora seja necessário a materialização dos direitos fundamentais, principalmente na questão da criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas, tal procedimento deve seguir os procedimentos legais necessários, ou seja, sustenta-se

que para a concretização de direitos não se deve derivar de uma própria usurpação das competências constitucionais.

Por conta disso, o presente trabalho visa enquadrar a postura do Supremo Tribunal Federal, no presente caso, como ativista, na medida em que diante de uma interpretação irrestrita ao significado das normas, passa a “atuar na anômala condição de legislador positivo” (BRASIL, 2019, p. 28).

Sob essa ótica, deve-se aqui firmar entendimento no sentido de que “somente se admite a lei interna como fonte formal e direta de regras de direito penal, em decorrência do disposto no art. 5, XXXIX, da Constituição” (BRASIL, 2019, p. 18). Partindo desse viés, concorda-se completamente com a disposição que “ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não está constitucionalmente deferida a possibilidade de substituir-se ao Poder Legislativo” (BRASIL, 2019, p. 35). Diante disso, na possibilidade de colmatação de possíveis lacunas normativas, não deve o órgão responsável (STF) atuar de maneira prepotente como próprio legislador, uma vez que não é esta a função atribuída a esse Tribunal.

Ora, denota-se aqui uma própria contradição, como pode o citado Tribunal constatar uma omissão inconstitucional de determinado comando e como forma de solução, passar a agir de maneira contrária a própria competência atribuída a ele. Desse modo, o que se sustenta é a impossibilidade de suprir uma alegada inconstitucionalidade com novo ato usurpador dos dispositivos constitucionais.

No âmbito do Direito penal, imprescindível ater-se as funções do princípio da legalidade, por meio do qual segundo Rogério Greco, uma destas visas “proibir incriminações vagas e indeterminadas” (GRECO, 2018, p. 146). Nessa perspectiva, a partir do momento que a Lei 7.716 não descreve, taxativamente a criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas, entende-se pela impossibilidade de aplicabilidade do disposto normativo, uma vez que contraria as próprias características das Leis Penais, estas que devem se basear na mais precisa taxatividade e especificidade, como bem leciona o seguinte autor.

Os princípios da reserva legal e da anterioridade, no âmbito penal (*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*), exigem a existência de lei formal devidamente elaborada pelo Poder Legislativo, por meio das regras de processo legislativo constitucional (*lex scripta*), que a lei seja anterior ao fato sancionado (*lex proevia*) e que a lei descreva especificamente um fato determinado (*lex certa*) (BRASIL, 2019, p. 37)

A partir desse ponto, firma-se que tal medida do STF de enquadrar as condutas homofóbicas e transfóbicas as disposições da Lei do Racismo contradizem as características da Lei penal, uma vez que buscam criminalizar a citada discriminação em disposto normativo que não trata, de maneira certa, a conduta. Por isso, para a correta e necessária criminalização dessas condutas extremamente reprováveis, imprescindível a criação de marco normativo próprio, a fim de sanar a omissão inconstitucional respeitando os devidos procedimentos legais descritos no ordenamento jurídico, o que é descrito pelo voto do relator do julgamento.

Tem-se, pois, que é unicamente atribuível ao Poder Legislativo da União a obrigação jurídica de formulação de diplomas legislativos indispensáveis à efetivação dos mandados de incriminação a que aludem os incisos XLI e XLEE do art. 5 da Constituição. (BRASIL, 2019, p. 46)

Sob essa ótica, embora tenha o Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de empenhar a função contramajoritária e realizar a proteção de grupos minoritários (BRASIL, 2019, p. 142), entende-se que não deve este partir desse pressuposto para violar as competências dos demais poderes.

Nesse sentido, não se deve confundir o exercício dessa função como uma prerrogativa para revestir-se de caráter ativista e deturpar o preceito da separação dos poderes. É a partir disto que se torna possível tecer observações acerca da dicotomia objeto do trabalho, uma vez que embora muitas das vezes a Suprema Corte se utiliza desse fenômeno para materializar direitos, esta materialização não pode ter como ponto de partida uma inconstitucionalidade e uma violação a repartição de competências entre os poderes, o que é percebido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26, uma vez que a partir de uma interpretação extensiva da amplitude do termo racismo que se viola a legalidade penal, criminalizando conduta não positivada em lei.

Imprescindível reforçar também, que o presente trabalho me nenhum questiona a necessária criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas e todas demais formas de discriminação. Inclusive, entende-se pela urgente necessidade de criação normativa para devidamente criminalizar tais condutas, uma vez que se deve concordar, plenamente, pela necessária persecução dos direitos fundamentais, na medida em que estes possuem o incessante “viés reivindicador” (MOREIRA, 2007, p. 184). Com base nesse ponto, debate-se aqui os aspectos formais escolhidos pela decisão do Supremo Tribunal Federal, ou seja, não se questiona o mérito da decisão, alega-se apenas a inconstitucionalidade perante a forma atribuída a criminalização dessa conduta (PEDRA, FREIRE JÚNIOR, 2019, 13).

Dessa forma, deve-se concordar com o postulado de que “Não se protege direitos violando direitos” (PEDRA, FREIRE JÚNIOR 2019, 13), aspecto este totalmente notado no caso, no qual embora almeje-se a defesa dos direitos fundamentais de determinada minoria, a forma como tal ação é empregada destoa completamente do ordenamento jurídico.

Logo, conclui-se que a decisão da ADO/26 reveste-se pelas características ativistas citadas no segundo capítulo, pelo fato de violar a separação dos poderes criada, em que se parte da existência de uma omissão inconstitucional que gera, por consequência, outra disposição inconstitucional que deturpa completamente a repartição das competências descritas na Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como base os inúmeros conceitos apontados no percurso do presente trabalho acadêmico, entende-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26 se reveste do caráter ativista, uma vez que se enquadra completamente no conceito adotado do mencionado fenômeno no segundo capítulo do estudo. Cabe reforçar, que tal característica da

decisão e a conseqüente inconstitucionalidade da mesma não se pauta nos aspectos materiais da postulação, isto é, no conteúdo pretendido e na necessária criminalização destas condutas, mas sim na maneira como tal medida fora apresentada e proposta, essa que segundo o entendimento firmado, age em contramão a separação dos poderes e de suas funções.

Com base nesse ponto, firma-se que a legitimidade do Estado em cercear a liberdade dos indivíduos deve ser norteadá exclusivamente pela existência de lei responsável por descrever de maneira certa, precisa, explicitando a conduta considerada como reprovável e tipificada como infração penal. Sendo assim, é a partir da primazia da Lei que se fundamenta a legalidade penal e a reserva legal, aspectos estes que constituem instrumentos imprescindíveis para a garantia contra atos invasivos do órgão público a liberdade e demais direitos dos cidadãos.

Cabe salientar, ainda, a indubitável e essencial diferenciação de um termo em seu significado onomasiológico de seu sentido semasiológico. Nesse contexto, entende-se pela impossibilidade de se enquadrar as condutas homofóbicas e transfóbicas na significação de racismo adotado, sendo aqueles termos muito mais próximos da conotação normativa de discriminação, o que impossibilita a aplicabilidade da Lei 7.716 a esses casos citados, revelando a necessidade de criação de marco normativo próprio para essa necessária criminalização das condutas. Desse modo, pode-se sustentar que a equiparação desses atos citados com a lei do racismo se ampara em uma superinterpretação do alcance e da amplitude do sentido normativo dos termos, derivando de uma valoração excessiva da abrangência dos sentidos.

A partir dos fatos apresentados no decorrer do estudo, configura-se importantíssimo relembrar o conceito adotado do ativismo judicial, por meio do qual sustenta-se que tal fenômeno, ao resultar na criação judicial do direito, infringe, completamente, a repartição de competências dos poderes. Nesse contexto, pode-se relacionar o mesmo como um fator que proporciona a emancipação do Judiciário como superego da sociedade, tornando-se uma instância controladora e desprovida de limites de atuação.

Nesse sentido, entende-se que na tentativa de agir como um instrumento encarregado de garantir os direitos individuais das minorias, exercendo o papel contramajoritário inerente a esse tribunal, o mesmo acaba por transcender sua função disposta na separação das funções. Sob essa ótica, firma-se pela nítida sobreposição do Poder Jurisdicional as atribuições dos demais, o que pode ser percebido no caso, uma vez que a partir de uma tentativa de materialização do necessário direito destas minorias, ultrapassa-se os limites e invade a competência legislativa, no qual a partir de uma interpretação com amplitude aumentada, tipifica nova infração penal.

Quanto a dicotomia do ativismo judicial entre a garantia dos direitos fundamentais das minorias e a possível violação da divisão dos poderes, sustenta-se aqui que a defesa desses indivíduos não pode ter como ponto de partida uma medida inconstitucional, um desrespeito as próprias regras da Constituição. Desse modo, expõe-se pela existência de uma contradição, no qual de nada adianta a concretização de direitos quando se tem como ponto de partida uma própria violação dos dispositivos normativos originários.

Logo, configura-se como imprescindível consagrar a necessidade de estudo desses fenômenos, visto que os conceitos que englobam a presente temática se apresentam como as bases do ordenamento jurídico responsável por reger a sociedade. Com isso, por fim, cabe reiterar que o problema que caracteriza a inconstitucionalidade do presente objeto de estudo se fundamenta, exclusivamente, na maneira como a medida fora proposta, aqui, analisa-se apenas os aspectos formais, relativos ao procedimento escolhido para criminalização das condutas, o que gera a conclusão do caráter ativista da decisão, uma vez que levados a luz do conjunto de normas, é de exclusiva legitimidade Legislativa a discussão acerca da criminalização das condutas, o que clarifica a incidência do ativismo judicial sobre o objeto de estudo.

REFERÊNCIAS

BARREIRA, Humberto Bosco Lustosa. **Voluntarismo Judicial e Supremacia do Parlamento: Aspectos Gerais e Visão Brasileira e Portuguesa**. 2020. Dissertação de mestrado. Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões”.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. SYN Thesis, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 19 de abr. 2021

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. rev, 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição[da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 19 de mar. de 2021.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848. **Código Penal**. Brasília, DF: Senado Federal, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. Lei nº 7.716. **Lei do Racismo**. Brasília, DF: Senado Federal, 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em 10 de mai. De 2021

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 de outubro de 2019. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>>. Acesso em: 13 mai. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade por omissão 26/Distrito Federal**. Relator e voto: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 outubro 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade por omissão 26/Distrito Federal**. Relator: Ministro Celso de Mello. Voto: Alexandre de Moraes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 outubro 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade por omissão 26/Distrito Federal**. Relator: Ministro Celso de Mello. Voto: Ricardo Lewandowski. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 outubro 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus no 82.424/2003**: Ministro Moreira Alves. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 outubro 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. 376 f. Dissertação de Mestrado em Direito Público. Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

DEZAN, Willy Potrich da Silva; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Analítica e Hermenêutica**: Duas faces de uma mesma solução para a garantia da racionalidade na aplicação do direito. Revista do Direito Santa Cruz do Sul. V. 1. P. 34-62, 2019.

FAVARETO, Gustavo. **Habeas corpus 82424/RS**. In: JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://gustavofavareto.jusbrasil.com.br/artigos/327246447/habeas-corpus-82424-rs>>. Acesso em 10 de mai. De 2021

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; PEDRA, Adriano. Crime de Homofobia. **A GAZETA**, Vitória, p. 13, 4 jun. 2009.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 20. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2018.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>> Acesso em: 16 de abr. 2021

GRAU, Eros Roberto. **Se e quando o legislador ordinário pode legislar atribuindo à Constituição interpretação diferente da que a ela foi conferida pelo Supremo Tribunal Federal: quando os braços dos juízes alcançam o céu**. In: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. (Org.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, v., p. 181-187.

GROSTEIN, Júlio. **Ativismo Judicial: Análise comparativa do Direito Constitucional Brasileiro e Norte Americano**. 1. Ed. São Paulo: Almedina, 2019.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, 2002.

KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. 8. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

KLIPPEL, Rodrigo. **Teoria Geral do Processo e Teoria do processo civil brasileiro**. 1. Ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

LIMA, Andréa Pereira de. **O modelo estrutural de Freud e o cérebro: uma proposta de integração entre a psicanálise e a neurofisiologia**. Revisão da Literatura, 2009. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/rpc/v37n6/a05v37n6.pdf>>. Acesso em 4 de mai. De 2021

MAUS, Ingborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 16. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, Nelson Camatta. **A função simbólica dos Direitos Fundamentais**. In Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, n. 2, p. 163-191, 2007.

PEDRA, Adriano. **A Justiça Constitucional como elemento de aperfeiçoamento da democracia em Cuba**. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça constitucional e democracia na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PEDRA, Adriano. **Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da política e direitos fundamentais**. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, n. 4, p. 13-44, jul./dez/2008.

RACISMO. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: < <https://www.dicio.com.br/racismo/>>. Acesso em 16. mai. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 25. Ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2002

THAYER, James B. **The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law**. Vol. VII. No. 3. Harvard Law Review, 1893.