



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

MARCO ANTONIO DANTAS DE SOUZA

**A MORA LEGISLATIVA E O ATIVISMO JUDICIAL DO STF NO JULGAMENTO DA
ADO 26**

**JOÃO PESSOA
2022**

MARCO ANTONIO DANTAS DE SOUZA

**A MORA LEGISLATIVA E O ATIVISMO JUDICIAL DO STF NO JULGAMENTO DA
ADO 26**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Glauco Salomão Leite

**JOÃO PESSOA
2022**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S729m Souza, Marco Antonio Dantas de.

A mora legislativa e o ativismo judicial do STF no julgamento da ADO 26 / Marco Antonio Dantas de Souza. - João Pessoa, 2022.

56 f.

Orientação: Glauco Salomão Leite.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Ativismo. 2. Homotransfobia. 3. ADO 26. I. Leite, Glauco Salomão. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

MARCO ANTONIO DANTAS DE SOUZA

**A MORA LEGISLATIVA E O ATIVISMO JUDICIAL DO STF NO JULGAMENTO DA
ADO 26**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Glauco Salomão Leite

DATA DA APROVAÇÃO: 20 DE JUNHO DE 2022

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. Glauco Salomão Leite
(ORIENTADOR)**

**Prof. Dr. José Baptista de Mello Neto
(AVALIADOR)**

**Prof. Dr. Fábio Bezerra dos Santos
(AVALIADOR)**

RESUMO

A violência mascarada e a morosidade na criação de um tipo penal que permita a punição eficaz da discriminação contra os grupos LGBT é, ao ser observada de forma mais próxima, um problema sistêmico que expõe o descaso do estado brasileiro. Ao ser abordado em nível estatístico, a violência contra a comunidade LGBT no Brasil atinge níveis estratosféricos, que mesmo com esparsas e frágeis políticas públicas, ainda se mostram deficientes em minimamente noticiar com fidedignidade a realidade gravosa que é perpetrada no âmbito homotransfóbico. Enquanto abordado em nível político, a mora legislativa no Brasil mostra-se eficaz em manter o *status quo*. Não admitindo a evolução de qualquer proposição legislativa que, mesmo de forma minúscula, possa garantir a mínima dignidade aqueles que sofrem discriminação por identidade de gênero ou orientação sexual. Visto a situação de inércia deliberada, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se posicionar na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, onde foi questionada a mora legislativa inconstitucional e uma atuação por parte da Corte, em criminalizar as condutas discriminatórias frente à comunidade LGBT, por equipararem às condutas previstas na constituição como racismo. Sob este prisma, analisa-se o ativismo judicial no contexto brasileiro, suas causas e características. Sopesando a perspectiva metodológica interpretativa à perspectiva neutra e institucional, no estudo do fenômeno. Questiona-se, assim, como o ativismo se faz presente na ADO n. 26, por analisar os votos dos ministros presentes e como estes demonstraram um comprometimento com uma visão neutra e institucional anteriormente apresentada. Comprovando, aqueles da corrente majoritária, que o ativismo se fez presente de uma forma salutar, à decisão e votos. Buscando colmatar o vácuo legislativo por incentivar a movimentação de projetos legislativos, influenciando na mora, e não deixar desamparados aqueles que mais necessitam de uma interferência positiva do Estado, garantindo uma punição à altura enquanto a mora legiferante não se dissipa em completude, transmutando-se em uma tipificação de crime a LGBTfobia.

Palavras-chave: Ativismo. Homotransfobia. ADO 26.

ABSTRACT

The masked violence and the delay in creating a penal type that allows the effective punishment of discrimination against LGBT groups is, when observed more closely, a systemic problem that exposes the neglect of the Brazilian state. When approached at a statistical level, violence against the LGBT community in Brazil reaches stratospheric levels, which, even with sparse and fragile public policies, are still deficient in minimally reporting with reliability the serious reality that is perpetrated in the homotransphobic context. While approached at a political level, the legislative delay in Brazil proves to be effective in maintaining the *status quo*. Not admitting the evolution of any legislative proposition that, even in a minuscule way, can ensure the minimum dignity to those who suffer discrimination by gender identity or sexual orientation. Given the situation of deliberate inaction, the Federal Supreme Court was called upon to take a stand in the Direct Action of Unconstitutionality by Omission n. 26, where the unconstitutional legislative delay and an action on the part of the Court, in criminalizing discriminatory conduct towards the LGBT community, were questioned, for equating the conduct provided for in the constitution as racism. In this light, judicial activism in the Brazilian context, its causes and characteristics are analyzed. Weighing the interpretive methodological perspective to the neutral and institutional perspective, in the study of the phenomenon. It is questioned, therefore, how activism is present in ADO n. 26, for analyzing the votes of the ministers present and how they demonstrated a commitment to a neutral and institutional vision presented earlier. Proving, those of the majority current, that activism was present in a healthy way, to the decision and votes. Seeking to fill the legislative vacuum by encouraging the movement of legislative projects, influencing the delay, and not leaving those who most need a positive interference from the State, guaranteeing a punishment worthy while the legislative delay does not dissipate in completeness, transmuting in a typification of crime the LGBTphobia.

Key-words: Activism. Homotransphobia. ADO 26.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A VIOLÊNCIA MASCARADA E A MOROSIDADE LEGISLATIVA	7
2.1 A VIOLÊNCIA MASCARADA CONTRA A COMUNIDADE LGBT	7
2.2 EXCESSO DE MORA NA TIPIFICAÇÃO PENAL DO CRIME DE LGBTFOBIA .	11
2.2.1 Projeto de Lei 5003/2001	12
2.2.2 Projeto de Lei 515/2017	18
3. AS CAUSAS E CARACTERÍSTICAS DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO BRASILEIRO.	20
3.1 O CONTEXTO BRASILEIRO COM O STF: AUTORITARISMO E O “PASSIVISMO JUDICIAL” PÓS 1988.....	20
3.2 AS CAUSAS QUE IMPULSIONAM O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO	24
3.2.1 A Constituição Federal	24
3.2.2 A Inércia Legislativa e os Fatores Sociológicos	26
3.2.3 O diálogo entre a Política e o STF	28
3.3 AS CARACTERÍSTICAS DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO INTERPRETATIVO E INSTITUCIONAL NO CASO BRASILEIRO	30
3.3.1 A perspectiva Neutra e Institucional em oposição à Metodológica Interpretativa do Ativismo Judicial no Brasil	32
4 COMO O ATIVISMO JUDICIAL SE FAZ PRESENTE NA ADO N° 26 E BUSCA SUPRIMIR O VÁCUO LEGIFERANTE SOBRE O TEMA	37
4.1 A ANÁLISE DOS VOTOS NA ADO N°26	37
4.1.1 O Não reconhecimento da mora legislativa por não existência de mandamento constitucional ao Congresso	37
4.1.2 O reconhecimento da mora legislativa, cientificando ao Legislativo de sua inércia	39
4.1.3 Reconhecimento da mora legislativa e equiparação da homotransfobia ao crime de racismo	41
4.2 COMO O ATIVISMO NOS VOTOS MAJORITÁRIOS BUSCA SUPRIMIR A MORA LEGIFERANTE E COLMATAR O VAZIO NORMATIVO	46
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma análise bibliográfica que objetiva analisar como o Ativismo judicial se faz presente na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26 e como ele busca suprimir a mora e omissão Legislativa no Brasil, frente à violência contra a comunidade LGBT.

Inicialmente, pelo estudo dos dados apresentados pela sociedade civil organizada e o exame realizado por teóricos no assunto, pretende-se realizar uma explanação sobre como a violência contra os grupos LGBT mostra-se sistêmica e ocultada por frágeis políticas públicas que não viabilizam o combate nem o levantamento claro de dados para a fundamentação destas.

Apresentado o panorama de “apagão” sobre dados referentes à violência e a inviabilização do seu combate. Prosseguiu-se na avaliação sobre as fichas de tramitação e as movimentações dos projetos de lei. Verificando-se as diversas tentativas frustradas e infrutíferas do Poder Legislativo brasileiro em preencher o vácuo legiferante quanto a punição das discriminações sofridas pelos grupos LGBT por questões de orientação sexual ou identidade de gênero.

Ao avançar, trata-se do fenômeno do Ativismo Judicial no contexto brasileiro, abrangendo inicialmente suas causas e características, e como a abordagem interpretativa em contraposição à institucional elucida a discrepância entre cada uma destas. Tornando evidente a parcialidade da primeira perspectiva, enquanto a segunda demonstra uma neutralidade ao abordar o fenômeno em suas características multifacetadas.

Ao final, são analisados os pontos cruciais dos votos de cada ministro do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26. Pontuando como o Ativismo Judicial se faz presente, principalmente, nos votos majoritários e como ele busca suprimir o vácuo legislativo sobre o tema em pauta, levando em consideração uma abordagem neutra, institucional e multifacetada já apresentada previamente no trabalho.

2 A VIOLÊNCIA MASCARADA E A MOROSIDADE LEGISLATIVA

A violência presente no Brasil ceifa centenas de vidas por ano, cabendo movimentação legislativa favorável ao “freio” das condutas reprováveis que geram a perda do bem jurídico maior.

Não obstante, o legislativo brasileiro se recusa a impor medidas que desincentivem a violência sofrida pela comunidade LGBT, impedindo estes de exercerem sua dignidade como humanos, prevista na Constituição Federal.

A ineficácia por parte do Estado brasileiro frente às violências discriminatórias perpetradas aos que fogem à hetero-cisnormatividade, são divididas em uma percepção cíclica. Onde os dados ou não são auferidos, ou não são de qualidade confiável.

Resulta-se numa escassez de políticas públicas ao combate, por falta de fundamentação empírica. Forçando o aumento das violências e impedindo novamente a obtenção de dados referentes.

2.1 A VIOLÊNCIA MASCARADA CONTRA A COMUNIDADE LGBT

Dados preocupantes alertam sobre a violência contra a comunidade LGBT no Brasil, e a omissão estatal se estende desde a notificação de casos até a devida punição daqueles que cometem barbaridades em oposição a estilos de vida incompatíveis com suas crenças discriminatórias.

Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nos últimos anos foram recebidas “informações abundantes sobre a violência contra pessoas LGBTI no Brasil.”¹. O Grupo Gay da Bahia, *amici curiae* da ação a ser tratada, fornece dados importantes que impressionam negativamente sobre como o Estado Brasileiro permanece ausente, comprovando que proporcionalmente à países de semelhante estatura populacional, como Estados Unidos, o Brasil, em 2017, matou 9 vezes mais pessoas trans com uma população menor em mais de 100 milhões de habitantes².

¹ Inter-American Commission on Human Rights. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021 / Comissão Interamericana de Direitos Humanos. p.99. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022

² Grupo Gay da Bahia, **População LGBT Morta no Brasil 2018**, p.01 e 02, 29 jan. 2019. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>. Acesso em 15 abr. 2022

Da época da Petição Inicial que ensejou a ADO N°26, em 2012, o Grupo Gay da Bahia era ao tempo o único ente que mapeava “os assassinatos cometidos por homofobia/transfobia ante a inércia do Estado Brasileiro em fazê-lo [...]”³. E ainda deve-se levar em consideração que o levantamento de dados do Grupo é baseado em notícias de veículos de comunicação, em união à registros policiais e contato com as famílias das vítimas, gerando uma inconsistência dos dados aproximada da margem de erro que varia entre os 5 e 10%⁴.

Mesmo hoje, quando existem outras instituições focadas no estudo da violência no Brasil, o Grupo Gay da Bahia e outras organizações da Sociedade Civil detém estudos muito mais completos e detalhados quanto a LGBTfobia. O Atlas da Violência de 2021 frisa isto, quando busca analisar os conjuntos de dados fornecidos pelo Disque Direitos Humanos, vinculado ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, e os dados acumulados pelo Sistema Nacional de Informações e Agravos de Notificações, ligado ao Ministério da Saúde⁵.

Os dados informados pelo Disque 100 entre o ano de 2011 e 2019, constataam uma média de 1.666 denúncias de Violências contra Pessoas LGBT, com uma notável redução de 50% no ano de 2019 em relação ao ano anterior. Números estes que não se repetem quando tratamos dos dados acumulados pelo Sinan, quanto as notificações de violências no sistema de saúde em 2019, além dos fornecidos pelo ANTRA e GGB⁶.

Quando o Atlas da Violência trata da invisibilidade referente à violência contra pessoas LGBT presente nos dados do Disque 100, também menciona que a mesma invisibilidade se reproduz em medida parecida nos dados do Sinan, visto que os dados que tratam da orientação sexual e identidade de gênero são preenchidos em apenas 1,2% dos casos avaliados⁷.

Ainda fazendo mais uma ressalva metodológica quando aos dados apresentados pelo Sinan, o Atlas ressalta:

³ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Petição Inicial. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão N°26**. Protocolada em 19 de dezembro de 2013. p. 41. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5086200&prcID=4515053&ad=s#>. Acesso em: 15 abr. 2022

⁴ SOUSA, Viviane; ARCOVERDE, Léo. Brasil registra uma morte por homofobia a cada 23 horas, aponta entidade LGBT. **G1 e GloboNews**, São Paulo, 17/05/2019, Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/17/brasil-registra-uma-morte-por-homofobia-a-cada-23-horas-aponta-entidade-lgbt.ghtml>. Acesso em: 17 abr. 2022

⁵ Atlas da Violência 2021 / Daniel Cerqueira et al., — São Paulo: **FBSP**, 2021. p.58

⁶ *Ibidem*. p.60

⁷ *Ibidem*. p.62

[...] os dados aqui apresentados-se a pessoas LGBTQI+ que passaram pelo sistema de saúde, não tratando da motivação das violências sofridas por elas. Neste sentido, é inadequado interpretá-los enquanto representações fidedignas e completas do fenômeno da violência LGBTfóbica⁸.

Dito isto, os números apresentados pelo Sinan entre 2018 e 2019 registram um aumento de 5% nas violências contra homossexuais e 37,1% contra bissexuais, no tangente a variável “orientação sexual”. Desta violência em específico, 81,8% do total de notificações é de vítimas assumidamente homossexuais, enquanto o crescimento dos registros de violências contra o grupo Bissexual aumentou de 4.855 no ano de 2018, para 5.330 em 2019⁹.

O Atlas frisa novamente que, apesar de atualmente existirem mais meios, apesar de escassos, para adquirir dados estatísticos acerca da violência sofrida pelos grupos LGBT, ainda deve-se levar em consideração a qualidade dos dados registrados, como segue:

“Esta edição do Atlas chama a atenção para a qualidade dos dados do Disque 100 do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) e para os problemas graves nos dados coletados pelo Sinan do Ministério da Saúde (MS). A escassez de dados mantém-se central enquanto desafio ao avanço da agenda de promoção de direitos LGBTQI+, mantendo-se, inclusive, incertezas acerca da realização do Censo. A falta de dados, e de intervenções estatais pela promoção de direitos LGBTQI+, tende a aprofundar a vulnerabilidade de tal população à violência, especialmente de seu subgrupo mais vulnerável, constituído de pessoas jovens e negras LGBTQI+.”¹⁰

A escassez de dados referentes à violência contra à população LGBT, que acaba por resultar nessa “diminuição mascarada” dos dados, são reflexo de um alinhamento ideológico conservador observado no cenário político atual no Brasil¹¹. Afinal, sem o interesse mínimo da Administração, não há como os dados serem captados e, sem estes, não há como nutrir uma política efetiva de segurança pública, como evidenciado por Dennis Pacheco, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

A inclusão do registro da Identidade de Gênero e Orientação Sexual da vítima nos boletins de ocorrência já está normatizada por uma resolução federal,

⁸ *Ibidem*

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*. P. 69

¹¹ FIGUEIREDO, C.; ARAÚJO, M. Dados incompletos afetam retrato da violência contra LGBTI+ no Brasil. **Diadorim**, Reportagem, 11 jan. 2021b. Disponível em: <https://www.adiadorim.org/post/dados-incompletos--afetam-retrato-da-viol%C3%A2ncia-contra-lgbti-no-brasil>. Acesso em: 20 abr. 2022

desde 2014, estabelecendo os parâmetros para todo o país. “Isso é muito simples de ser implementado, é questão administrativa e não precisa de aporte financeiro. Mas essa implementação não acontece porque existe uma falta de sensibilidade [das autoridades públicas]”, registra Pacheco¹².

Esta “falta de sensibilidade” pelas autoridades públicas, guiada pelo rico neoconservadorismo na política brasileira, é apresentada de forma didática pela pesquisa “Política e fé entre os policiais militares, civis e federais do Brasil”, realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em cooperação com a empresa Decode, em 2020. Tal estudo revela uma porcentagem muito maior, quanto à comentários contrários às pautas LGBT em redes sociais, dentre os policiais militares, em comparação com os policiais civis e federais, sendo 24%, 1% e nenhum registro, respectivamente¹³.

Modelos de pensamento LGBTfóbicos apontados acima, e de forma mais abundante pelos Policiais Militares, encontram-se enraizados em todo o Estado Brasileiro, e não unicamente apresentados pelo seu braço coercitivo. A violência é institucional por parte do Estado, e faz-se central às questões impeditivas relacionadas à promoção de políticas que permitam o combate à LGBTfobia, mesmo depois de seu reconhecimento como crime pelo STF.

Uma pesquisa que avaliou estas questões impeditivas foi a “LGBTfobia no Brasil: barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização”, qual examinou de forma qualitativa o impacto da criminalização da LGBTfobia pelo Supremo Tribunal Federal. As barreiras identificadas totalizaram-se em 34, e destacam óbices impostas por diversas facetas do Estado, sendo estas os: “processos estruturais e culturais; falta de transparência e opacidade do Estado; empecilhos para o reconhecimento jurídico e Ineficácia dos procedimentos institucionais. Acrescenta-se ainda os efeitos da pandemia do covid-19 no Brasil.”¹⁴

Estas barreiras, de múltiplas dimensões, ao reconhecimento do direito à não-discriminação, mostram-se eficazes também ao impedirem “a produção e

¹² Informação obtida em entrevista citada na reportagem da nota 12.

¹³ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; DECODE. **Política e fé entre os policiais militares, civis e federais do Brasil**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública: São Paulo, 2020. Disponível em: xxxx. Acesso em: 20 abr. 2022

¹⁴ BULGARELLI, Lucas; Et al. **LGBTfobia no Brasil: barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização**. São Paulo. All Out e Instituto Matizes. 2021

sistematização de dados e estatísticas neste sentido.”¹⁵ E desta forma, não há fundamentação para a promoção de políticas públicas, pois estas demandam diagnóstico, voltadas à promoção deste direito fundamental¹⁶.

O vácuo deixado pelo Estado, frente ao direito da comunidade LGBT da não-discriminação, não permite avaliar com precisão se, de fato, o aumento dos registros pela sociedade civil organizada se dá pelo aumento do número de casos ou um aumento nos esforços empreendidos na notificação. Mas a falta de vontade político-institucional de enfrentamento à LGBTfobia é absurda, delongando-se o máximo possível, principalmente na instituição que representa o povo de forma direta.

2.2 EXCESSO DE MORA NA TIPIIFICAÇÃO PENAL DO CRIME DE LGBTFOBIA

Não é nenhuma novidade a morosidade dos sistemas legislativos ao redor do mundo; sendo um processo que envolve debates em larga escala pelos representantes do povo em qualquer democracia. No entanto, assuntos caros aos direitos fundamentais devem ser priorizados sem sombra de dúvida, e é exatamente isso o que se discute na ADO N°26.

A mora legiferante, alegada na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão N°26, por parte do Congresso Nacional em editar lei que criminalizasse todas as formas de homofobia e transfobia, encontra fundamento nos termos do Artigo 5º, incisos XLI e XLII da Constituição Federal¹⁷, sendo este segundo inciso referente à prática de racismo e a criminalização desse comportamento.

¹⁵ PACHECO, Dennis. Direitos trancados no armário: LGBTFobia e racismo no Brasil. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, São Paulo, ano 15, p. 79-84, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/5-direitos-trancados-no-armario-lgbtfobia-e-racismo-no-brasil.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; - BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 mar. 2022

À data da exordial que deu início ao processo, o Congresso Nacional já havia discutido “o tema da criminalização específica da homofobia e da transfobia há mais de **doze anos**”¹⁸ e sobre esta mora injustificada que o pedido se baseia.

A passividade legislativa mostra-se inconstitucional por obstaculizar exercício de direitos fundamentais que constam na Carta Magna acompanhados do dever de legislar. Sendo estes uma limitação de ordem material ao Estado, a ausência de mandatos legiferantes impossibilita a “exigibilidade desses direitos, e produzindo sua afetação ou prejuízo.”¹⁹

Ora, se a ordem mandamental presente na Constituição Federal é a de que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”²⁰, logo a omissão deliberada das Casas Legislativas, protelando projetos de lei que buscam criminalizar tais discriminações negativas, se torna inconstitucional.

2.2.1 Projeto de Lei 5003/2001

O Projeto de Lei 5003/2001, apresentado na Câmara dos Deputados, de autoria da deputada Iara Bernardi, objetivava a aplicação de sanções de caráter administrativo à Pessoas Jurídicas e seus prepostos que concorressem em discriminação de qualquer pessoa em virtude de sua orientação sexual²¹.

Quando justificando a proposição do PL, a deputada defende o dever de avanço da legislação em assegurar Direitos Humanos e sua imprescindibilidade para a construção de uma sociedade igualitária²².

¹⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Petição Inicial. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Nº26**. Protocolada em 19 de Dezembro de 2013. p. 41. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5086200&prcID=4515053&ad=s#>. Acesso em 31 mar. 2022

¹⁹ LEAL, M.C.H.; MORAES, M.V. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro entre ativismo e legalismo na proteção de direitos de grupos vulneráveis: análise da decisão que criminalizou a homofobia (ADO 26). **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, v. 26, p. 385, 2021.

²⁰ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 31 mar. 2022

²¹ Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5003 de 2001**, Autora deputada Iara Bernardi, proposto em 07 de agosto de 2001. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>. Acesso em: 4 abr. 2022

²² *Ibidem*

Frisa-se também, que na atividade legiferante deve se ter em mente a responsabilidade com a diversidade da população brasileira, assegurando seus direitos sem qualquer hierarquização de quaisquer sujeitos sociais²³.

Finaliza, a deputada, por proclamar que ninguém deveria ser molestado quanto ao seu direito de cidadania, uma vez que a discriminação ocorre com pessoas que “pagam impostos como todos nós.”, chamando atenção novamente para o art 5º da Carta Magna e tomando como esperança o sentimento para contar com o apoio de seus colegas congressistas para a aprovação do PL²⁴.

Ao ser enviado para a Comissão de Constituição de Justiça e Cidadania, o Deputado Bispo Rodrigues foi designado como relator, devolvendo o Projeto sem qualquer manifestação após um ano, e sendo dessa forma arquivado²⁵.

Logo no mês seguinte, a Deputada Autora requereu o desarquivamento do Projeto, sendo encaminhado novamente, no ano de 2003, para a CCJC. Quando o novo Relator do projeto, o Deputado Bonifácio de Andrada, apresentou requerimento para que fosse apensado o projeto de lei número 05/2003, também de autoria da Deputada Iara Bernardi²⁶. Este último buscava, de fato, a alteração da lei 7716/89 e o §3º do art 140 do Código Penal, algo que não existia inicialmente no Projeto principal.

Devolvido novamente sem manifestação, no ano seguinte foi designado um novo deputado como relator, apensando-se outro Projeto de Lei, agora de nº 3770/2004, cuja ementa dispunha “sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual e dá outras providências”²⁷.

Por fim, quando designado um novo relator, o Deputado Luciano Zica, no ano de 2005, foi apresentado o parecer positivo quanto a “constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do PL 5/2003, 3134/2004

²³ *Ibidem*

²⁴ *Ibidem*

²⁵ Câmara dos Deputados. **Ficha de tramitação do Projeto de Lei nº 5003 de 2001**, Autora deputada Iara Bernardi, proposto em 07 de agosto de 2001. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>. Acesso em: 6 abr. 2022

²⁶ Câmara dos Deputados. **Requerimento 55/2003**, Deputado Bonifácio de Andrada, proposto em 30/10/2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>. Acesso em: 08 abr. 2022

²⁷ Câmara dos Deputados. **Ficha de tramitação do Projeto de Lei nº 3770 de 2004**, Autor deputado Eduardo Valverde, proposto em 09 de junho de 2004. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257757>. Acesso em: 08 abr. 2022

e do PL 3770/2004, apensados, com Substitutivo;” e rejeitando, no mérito, sobre outros dois PLs.

O deputado, em seu voto como relator, analisa inicialmente a constitucionalidade dos Projetos e a satisfação, especialmente, dos artigos 22 e 61 da Constituição Federal²⁸ e demais normas presentes nesta, quando afirma que “à exceção do dispositivo presente no PL 5.003/2001, fixando prazo ao Poder Executivo para emitir a sua regulamentação, um vício sanável e que não prejudica a proposição em si”²⁹.

Ressalta ainda que apenas a PL nº 0381/2003, das cinco consideradas, para apensão, não trata do enfrentamento ao grave problema da discriminação à grande parcela da população brasileira constituída por lésbicas, gays, travestis, transexuais e bissexuais.”³⁰

Conclama ter convicção de que marcos legais que imponham, com finalidade pedagógica, punições a quem pratique atos vilanescos de discriminação contra a comunidade LGBT ajudará ao Brasil, como país em se aproximar de um clima de respeito e aceitação, mas não terão como fulcro a mudança das mentalidades marcadas pela intolerância e preconceito³¹.

Por fim, ao afirmar que o Projeto de Lei 5.003 de 2001 transborda em mérito, compara as situações destacadas como discriminatórias em seus oito incisos com algo já previsto na legislação pátria, no art 3º da Lei 9.029, de 13 de Abril de 1995. No qual está previsto também penalidades administrativas para condutas discriminatórias; no caso em tela estava descrito, por exemplo, como exigências, por parte de pessoas jurídicas, de atestados de gravidez e esterilização.

Quatro meses após o parecer, em agosto de 2005, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania o aprovou de forma unânime, encaminhando o texto para a Coordenação de Comissões Permanentes, ainda na Câmara, para a publicação.

²⁸ Referentes à Competência para legislar (Art 22, CF) e a Iniciativa legislativa (Art 61, CF), respectivamente.

²⁹ Câmara dos Deputados [ZICA, Luciano], COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA, **Parecer de 26/04/2005**, Determina sanção às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas, p.2. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoes/Web/prop_mostrarintegra?codteor=385467&filename=Tramitacao-PL+5003/2001. Acesso em: 09 abr. 2022

³⁰ *Ibidem*

³¹ *Ibidem*

O primeiro plenário em que se estava prevista a discussão do Projeto aconteceu no ano seguinte, em 2006, e ainda assim a matéria foi adiada por 5 sessões, sendo posteriormente, e finalmente, conduzida ao Senado Federal, apesar de uma última tentativa extemporânea da ala conservadora da Câmara em evitar a progressão do Projeto³².

No ano de 2006 o Projeto de Lei da Câmara 122, no qual foram apensados outros projetos de temáticas semelhantes já mencionados, é apresentado no Senado com a finalidade de criminalizar a homofobia³³. Agora o projeto visa alterar a Lei nº7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor; assim como o §3, do artigo 140 do Código Penal, referente a injúria, e o art 5 da Consolidação das leis do Trabalho³⁴.

A natureza do Projeto de Lei toma uma proporção muito mais punitiva do que se pretendia; anteriormente com apenas sanções administrativas. O projeto agora conta com penas de reclusão, chegando a períodos de 5 anos, causando um desconforto ainda maior nas áreas conservadoras do Congresso Nacional.

Desconforto este que se mostrou imediatamente no momento em que a matéria foi aprovada e designada ao Senado Federal, quando o Deputado Pastor Pedro Ribeiro insistiu em rediscutir a matéria quando minutos antes já havia ocorrido a votação da redação final.

“O SR. PASTOR PEDRO RIBEIRO (PMDB-CE. Pela ordem. Sem revisão do orador.) - Sr. Presidente. somos contrários ao Projeto de Lei nº 5.003-A. Queremos discutir esta matéria com profundidade. Não aceitamos que este projeto seja votado hoje.

O SR. PRESIDENTE (Inocêncio Oliveira) - Deputado. o projeto já foi votado. Fica registrado o voto contra.

O SR. PASTOR PEDRO RIBEIRO - Foi votado quando?

O SR. PRESIDENTE (Inocêncio Oliveira) – Há pouco. Já foi votada a redação final. Inclusive. ele foi elogiado pelos Srs. Deputados Rodrigo Maia e Fernando Ferro.

O SR. PASTOR PEDRO RIBEIRO - Mas não aceitamos que ele seja votado hoje.

O SR. PRESIDENTE (Inocêncio Oliveira) – É matéria vencida, nobre Deputado.

O SR. PASTOR PEDRO RIBEIRO - Por que é vencida?

³² Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**. Ata da 189ª sessão da Câmara dos Deputados, ordinária, da 4ª sessão legislativa ordinária, da 52ª legislatura, em 23 novembro de 2006. p. 52019. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0_020061124001970000.PDF#page=115. Acesso em: 10 abr. 2022

³³ Senado Federal. **Ficha de tramitação do Projeto de Lei da Câmara nº 122 de 2006**, Autoria Câmara dos Deputados, Aprovado para o Senado Federal em 23 de novembro de 2006. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/79604>. Acesso em: 10 abr. 2022

³⁴ *ibidem*

O SR. PRESIDENTE (Inocência Oliveira) – Porque já foi votada.”³⁵

O PLC 122/06 tramita por mais duas comissões: de Direitos Humanos e Legislação Participativa e Constituição, Justiça e Cidadania, e seguiria então para o Plenário.

Após a relatoria, designada em 2007, proferir um parecer favorável ao projeto, ao chegar à data de sua votação, o PL foi retirado da pauta pela própria senadora. Após inúmeros requerimentos de emendas e de audiências públicas, a falta de *quórum* para a votação do projeto também foi um empecilho que acabou por acontecer³⁶.

Novamente, outro adiamento notável do projeto se deu por um requerimento, pelo Senador Gim Argello, que a Comissão de Assuntos Sociais apresentasse parecer sobre o projeto. Somente ocorrendo a votação nesta Comissão em 2008, e com mais outros diversos pedidos de vista pelos senadores³⁷.

Em abril de 2009, a Relatora instituída na Comissão supracitada apresentou seu parecer de forma favorável ao projeto, não demorando muito tempo para serem apresentados mais empecilhos à aprovação deste.

Diversas vezes o projeto foi enviado à Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Senado, atendendo a solicitação verbal da Secretaria Geral da Mesa. Esta Subsecretaria se encarregou de juntar manifestações e moções de apoio ao projeto, além de mais audiências públicas, findando, em outubro do mesmo ano, a relatora propondo um substitutivo em que retirava o dispositivo que supostamente afrontava à liberdade de expressão, este sendo o que adicionava o parágrafo 5º ao artigo 20 da Lei nº 7.716/89³⁸.

“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

³⁵ Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**. Ata da 189ª sessão da Câmara dos Deputados, ordinária, da 4ª sessão legislativa ordinária, da 52ª legislatura, em 23 novembro de 2006. p. 52019. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020061124001970000.PDF#page=115>. Acesso em: 10 abr. 2022

³⁶ Senado Federal. **Ficha de tramitação do Projeto de Lei da Câmara nº 122 de 2006**, Autoria Câmara dos Deputados, Aprovado para o Senado Federal em 23 de novembro de 2006. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em: 10 abr. 2022

³⁷ *Ibidem*

³⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Petição Inicial. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Nº 26**. Protocolada em 19 de dezembro de 2013. p. 73. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5086200&prcID=4515053&ad=s#>. Acesso em 10 abr. 2022.

§5º. O disposto neste artigo envolve a prática de qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica;”³⁹

Com o parecer aprovado, novamente o projeto precisou ser encaminhado a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, sendo recebido novamente com uma pletera de requerimentos para Audiências Públicas, passando o restante do ano de 2009 e todo o ano de 2010 estancado “a disposição” destas discussões.

Em 12 de Janeiro de 2011, o projeto foi arquivado conforme ditames do Artigo 332 do Regimento Interno do Senado Federal, mas prontamente a Senadora Marta Suplicy solicitou seu desarquivamento, voltando ao trâmite de encaminhamento ao exame da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

A matéria novamente sofre retardos, com inúmeros requerimentos para Audiências Públicas, anexo de moções, manifestações a favor e contra o Projeto. Até chegar, ao final do ano de 2013, no que a Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 26 retrata como a “PROVA CABAL do absoluto DESPREZO INSTITUCIONAL do Senado Federal e do Governo Federal pela segurança e pelos direitos humanos da população LGBT.”⁴⁰

É aprovado o Requerimento nº 1443, de 2013, lido na sessão de 04/12/13, solicitando o apensamento do projeto ao Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, que busca a reforma do Código Penal Brasileiro. Esta foi vista pela comunidade LGBT como “uma claríssima estratégia dos opositores do projeto para procrastinarem o debate pelos muitos anos que notoriamente um projeto de código leva para ser votado para, no futuro, continuarem a se opor a eles.”⁴¹

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto na ADO Nº 26, concorda com tal posicionamento supracitado, frente ao claro esforço deliberado em retardar o processo legislativo de punir, com esta última manobra para incluir o projeto ao novo projeto de Código Penal, como aduz:

³⁹ Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**, Ata da 207ª Sessão da Câmara dos Deputados, ordinária, da 3ª Sessão Legislativa Ordinária, da 52ª legislatura, em 11 de agosto de 2005, Substitutivo ao Projeto de Lei 5003/06, p.38761. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD12AGO2005.pdf#>. Acesso em: 7 abr. 2022

⁴⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Petição Inicial. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Nº 26**. Protocolada em 19 de dezembro de 2013. p. 73. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5086200&prcID=4515053&ad=s#>. Acesso em 10 abr. 2022

⁴¹ *Ibidem*

“No entanto, por meio de uma manobra de parte dos congressistas que deixavam clara sua oposição às medidas de criminalização, aprovou-se o Requerimento 1.443/2013, do Senador Eduardo Lopes, que determinou a anexação do projeto ao Projeto de Lei do Novo Código Penal brasileiro (PL do Senado 236/2012). O retardamento tributário dessa anexação foi recebido pela comunidade LGBT como uma verdadeira capitulação da proposição legislativa.”⁴²

Como esperado por aqueles que bradavam a favor do projeto de lei, após a aprovação do pensamento da matéria ao Projeto de Novo Código Penal em 2013, praticamente um ano depois, a matéria foi arquivada ao final da 54ª Legislatura. E, como também previsto, não houve mais quaisquer movimentações quanto ao projeto inicial ou subsequente em que foi apensada.

2.2.2 Projeto de Lei 515/2017

A retomada das discussões sobre o tema data de 2017, com o Projeto de Lei 515 no ano de 2017, de autoria da senadora Regina Sousa, buscando a alteração da Lei nº 7.716/89 e o Código Penal para definição dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

Proposto pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa no ano de 2017, o Projeto de Lei deriva da “Ideia Legislativa nº 76.910, que alcançou no período de 16/06/2017 a 24/06/2017, apoio superior a 20.000 manifestações individuais no portal e-Cidadania do Senado Federal.”⁴³

Apresentado ao Plenário do Senado Federal em dezembro de 2017, e encerrando-se o prazo de apresentação de emendas em março de 2018, sem quaisquer terem sido propostas à mesa, o Projeto foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sendo atribuída ao Senador Sérgio Petecão, com quem o projeto permaneceu tramitando e sem qualquer alteração até o Senador não

⁴² Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Gilmar Ferreira Mendes. p. 5. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022

⁴³ Senado Federal. **Diário do Senado Federal**, Ata da 195ª Sessão, não deliberativa, em 19 de dezembro de 2017, Parecer Nº 46 de 2017, Relatora senadora Regina Sousa. p. 125. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=21213&download=true>. Acesso em: 16 abr. 2022

fazer mais parte dos quadros da Comissão em 2021 e o Projeto necessitar ser redistribuído⁴⁴.

⁴⁴Senado Federal. **Projeto de Lei n.º 515 de 2017**, Relatora senadora Regina Sousa, proposto em 14 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132048>. Acesso em: 16 abr. 2022

3. AS CAUSAS E CARACTERÍSTICAS DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO BRASILEIRO.

As causas do ativismo judicial no Brasil são multilateralizadas, desde a nossa Constituição, que impulsiona o fenômeno através de sua forma dirigente de conduzir o Estado, até sua abrangência e protetividade frente aos Direitos Fundamentais. Estes também podem ser exigidos na esfera judicial, e colmatados pelo Judiciário, em caso de uma insustentável omissão inconstitucional persistentemente.

Enquanto as características do ativismo judicial, a depender da metodologia que será abordada para estudo, podem ser observadas de forma simplória, tornando-se dicotômica quanto ao “certo ou errado” e flertando com a percepção injusta de ligação do movimento a bandeiras ideológicas liberais ou conservadoras.

Sob outra perspectiva de estudo, pode-se também aplicar uma visão neutra e institucional, observando o ativismo como um fenômeno que subsiste na atuação da jurisdição em geral, expandindo e recuando sobre os outros poderes e reforçando a divisão de poderes em um Estado Democrático de Direito.

3.1 O CONTEXTO BRASILEIRO COM O STF: AUTORITARISMO E O “PASSIVISMO JUDICIAL” PÓS 1988

O Supremo Tribunal Federal, em alguns momentos anteriores à Constituição de 1988, passou por vilipêndios dolorosos por parte dos outros poderes no Estado brasileiro, em especial pelo Executivo durante governos autoritaristas.

Ao início da Era Vargas, por exemplo, houve um movimento de “freio” à “doutrina do *habeas corpus*” presente no STF⁴⁵. Sobrevindo a suspeita de “vingança” da parte do tirano, pela Corte “haver proferido decisões contrárias aos revolucionários da década de 1920-30”⁴⁶.

Insurgiu-se o Estado Novo e os ministros restaram silentes. Afinal, em

⁴⁵ Nas primeiras décadas do século XX o *habeas corpus* possuía cabimento para a tutela de garantias e liberdades em geral do cidadão, o que foi de encontro aos interesses dos “revolucionários”.

⁴⁶ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História contextual do controle de constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira. **REVISTA QUÆSTIO IURIS**, v. 10, n. 4, p. 2521-2543, 2017.

quase 18 anos dos seus dois governos, o ditador nomeou 21 ministros. Garantindo a maioria em alinhamento com seus ideais autoritários⁴⁷.

Na Constituição de 1937 o Supremo foi humilhado. Sendo redefinida a idade máxima para a permanência de ministro dos 75 anos para 68, além de modificada a nomeação de novos ministros como função exclusiva do chefe do Executivo Federal. Algo que anteriormente era de responsabilidade dos próprios integrantes da corte⁴⁸.

O nível de desprezo máximo ao STF ocorreu quando, de forma completamente hipertrofiada em seus poderes, o Executivo Federal definiu no artigo 96 da chamada “Polaca” que somente por maioria absoluta dos votos poderiam os Tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República⁴⁹. Seguido do agravante no Parágrafo único, onde garantia ao Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento para confirmar a decisão do Tribunal⁵⁰.

Posteriormente, durante o Regime Militar o Supremo foi fragilizado de forma descarada pelos Atos Institucionais nº2 e 5. Sendo o primeiro referente ao aumento da composição da Corte de 11 para 16 ministros, quando, obviamente, estes novos juízes eram indicados por fazerem parte da base política de apoio à ditadura⁵¹.

Enquanto o AI nº5, além de suspender o *habeas corpus* para crimes políticos, permitiu a cassação de 3 ministros nomeados pelos ex-presidentes civis Juscelino Kubitschek e João Goulart. Resultando, no mês posterior, nos últimos ministros nomeados por presidentes civis retirando-se de forma voluntária da Corte.

Permanecendo 11 juízes silentes, o Ato Institucional nº6 insurge e altera novamente a composição do Tribunal para o número anterior. Não preenchendo as

⁴⁷ VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. Leya. São Paulo: 2011.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História contextual do controle de constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, v. 10, n. 4, p. 2521-2543, 2017

⁵⁰ Posteriormente, ao fechar o Congresso Nacional, assumiu também por completo suas atribuições. Incluindo a competência de alterar as decisões do Supremo. Permitindo ao Executivo “criar, modificar, revogar e interpretar leis, inclusive para reafirmar a validade e a eficácia de lei considerada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. – CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História contextual do controle de constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, v. 10, n. 4, p. 2521-2543, 2017.

⁵¹ VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. Leya. São Paulo: 2011.

vagas que se formaram abruptamente, e assim restaram exclusivamente ministros nomeados por Presidentes militares⁵².

Estes exemplos são relevantes para ilustrar a trajetória do Supremo Tribunal Federal em momentos anteriores à Constituição de 1988, comprovando como a corte esteve sempre em posição de subjugamento frente ao Executivo Federal quando em momentos de autoritarismo. Situação que se modifica gradualmente com “a nova ordem democrática constitucional”⁵³.

Progressivamente, o Supremo Tribunal alargou-se em suas tomadas de decisões, porém no início da empreitada democrática a corte se mostrou “tímida”, dando abertura a um “passivismo judicial”⁵⁴, que muito serve de argumento em revés a quem alegue que a autocontenção judicial é favorável à harmonia entre os poderes, como se provará adiante.

Casos de deferência aos outros poderes foram claros como, por exemplo, as reformas econômicas do Plano Collor e a utilização em larga escala de medidas provisórias para isto.

A contestação em duas ADIs no Supremo Tribunal, no entanto, não se mostrou frutífera, visto que as demandas não foram julgadas. Uma por não conhecimento da ação⁵⁵ e a outra por exaurimento do conteúdo eficaz⁵⁶. Afinal, MPs são medidas legais de vigência temporária, acabando por não julgar o mérito de ambas e “deixando de interferir em medidas políticas de intervenção econômica de duvidosa constitucionalidade”⁵⁷.

Outro exemplo desta “passividade”, mas não frente aos outros poderes denota a relutância quanto a proteção de direitos assegurados em Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Um comportamento completamente incompatível com os desígnios à Corte pela Carta Maior, mas compreensível considerando a origem ortodóxica em que se encontrava no momento anterior à

⁵² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *RIDB*, ano, v. 2, 2013.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 259/DF**, Relator Ministro Moreira Alves, julgada em 11 mar. 1991. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2906538/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-259-df>. Acesso em: 23 mai. 2022

⁵⁶ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 534/DF**, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 26 set. 1992. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14708772/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-534-df>. Acesso em: 23 mai. 2022

⁵⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *RIDB*, ano, v. 2, 2013.

Constituição de 1988.

A hipótese da prisão civil de depositário infiel encontrou apoio por muito tempo no Supremo, permanecendo em contraposição ao Pacto de São José da Costa Rica⁵⁸. No qual o Brasil, apesar de signatário desde o ano de 1992, somente alinhou a sua posição em 2009 com a Súmula Vinculante nº25⁵⁹.

Carlos Azevedo atribui esse passivismo judicial no momento inicial de nossa democracia, ao gradual processo de redemocratização de nosso país. Quando os militares ditaram a velocidade e progressão em que evoluímos de volta à democracia para todas as instituições, inclusive o Supremo Tribunal Federal, como aduz:

Nosso processo de redemocratização foi, portanto, paradoxalmente pautado pelo próprio Regime ditatorial. Essa particularidade resultou que as instituições envolvidas, inclusive o Supremo, colaborassem de acordo com as pautas, o ritmo e o espaço de atuação definidos pelo Executivo autoritário e conforme o relacionamento institucional que mantinham, até então, com os titulares do poder de fato. Isso definiu não apenas a lentidão e o gradualismo do processo, mas também seu traço essencial de continuísmo⁶⁰.

Tendo em mente esta resumida construção exemplificativa de como o STF era, e foi, incorporado institucionalmente antes e brevemente após a Constituição. Verifica-se que a cultura da passividade judicial ficou incrustada no tribunal em decorrência da cultura política brasileira protagonizada pelo Executivo em momentos autoritários. Minimizando e subjugando a força da corte e coagindo-a a tangenciar questões políticas e sociais, além de evitar o confronto com os outros poderes.

No entanto, as causas que impulsionam o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal são propícias, tanto no ambiente jurídico constitucional, quanto no ambiente político, como também no social. A liberdade e a assertividade decisória do Supremo ganharam força e espaço institucional na democracia brasileira, sem quaisquer sintomas de afronta à autoridade da corte, até recentemente.

⁵⁸ **DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992**, Artigo 7º, § 7 – “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 20 mai. 2022

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, n. 238, p.81. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>. Acesso em: 20 mai. 2022

⁶⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **RIDB**, ano, v. 2, 2013.

3.2 AS CAUSAS QUE IMPULSIONAM O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

3.2.1 A Constituição Federal

A evolução do Estado Contemporâneo permitiu às Constituições ao redor do mundo abraçarem cada vez mais os direitos sociais e a garantia destes como papel inerente aos 3 Poderes que compõem uma democracia.

A Carta Magna de 88, por sua vez, possui um teor inegavelmente dirigente, algo que, acumulado aos direitos civis, visa imperativamente obrigar o Estado brasileiro o cumprimento de metas e direitos prestacionais nela previstos. Mas para suas completas concretizações, ainda necessita do interesse e obediência por parte daqueles que representam a vontade popular.

“Os debates gravitam em torno do modo de agir do legislador no cumprimento regular, adequado e oportuno das imposições constitucionais”⁶¹, como Uadi Lammêgo Bulos disserta. Dessa forma, em uma constituição democrática social que garante um rol de Direitos Fundamentais extensos e não taxativos, não houve como o Poder Constituinte Originário, lembrando-se do regime que o país estava vencendo, não garantir que todos esses direitos, não só prestacionais, como sendo exigíveis pelas raias judiciais. Atribui-se então “uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade [...]”⁶².

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, Hennig Leal disserta sobre a jurisdição, não restar cumprindo “uma função meramente negativa – como idealizada por Kelsen ao defender seu modelo de controle de constitucionalidade – convertendo-se em um mecanismo construtivo e criativo”, sendo a interpretação, como o papel vital da jurisdição, potencializada e tornando-se a “marca identificadora do constitucionalismo democrático”⁶³.

⁶¹ BULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de direito constitucional** - 8. ed. rev. e atrn.11. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 - São Paulo: Saraiva, 2014.p. 106

⁶² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, SÃO PAULO, p. 37-58, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/?lang=pt#>. Acesso em 04 mai. 2022.

⁶³ LEAL, M.C.H.; MORAES, M.V. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro entre ativismo e legalismo na proteção de direitos de grupos vulneráveis: análise da decisão que criminalizou a homofobia (ADO 26). **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, v. 26, p. 378, 2021

Inicialmente, verifica-se que no artigo 5º, parágrafo 1º, a Constituição Federal determina que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁶⁴. Desta maneira, “tanto as ações do Poder Público que excessivamente restringirem algum direito fundamental além dos limites permitidos pela Constituição, como as omissões que impedirem ou dificultarem seu exercício, são passíveis de controle judicial”⁶⁵.

Ao avaliar o fenômeno, Lênio Streck posiciona-se por observar que o “deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário” é uma característica marcante “da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito”. Por ser exigido mais do que nunca, a obediência à lei constitucional⁶⁶.

Glauco Salomão Leite ainda ressalta que nos parágrafos 2º e 3º⁶⁷, é reforçada a positivação dos direitos fundamentais pela Constituição como uma das características basilares do Estado Democrático de Direito no Brasil. Podendo tais direitos serem agremiados ao ordenamento jurídico nacional por diversas fontes normativas, como tratados e convenções, além de garantirem sua equivalência às emendas constitucionais.

Esta posição hierárquica constitucional prescrita aos tratados e convenções de direitos humanos, “assegura aos direitos nelas previstos um grau de proteção mais elevado, haja vista que não apenas a Administração Pública e o Poder Judiciário deverão cumprir seus preceitos, como também o próprio legislador ordinário lhe deve obediência”⁶⁸.

⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 04 de mai. 2022

⁶⁵ LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Revista Direito, Estado e Sociedade, São Paulo, n.45. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428/351>. Acesso em: 8 mai. 2022

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51-61

⁶⁷ “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” – BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 04 mai. 2022

⁶⁸ LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Revista Direito, Estado e Sociedade, São Paulo, n.45.

Barroso justifica a possibilidade de a atuação jurisdicional sobrepujar a constituída democraticamente pelos políticos, por deter fundamento normativo decorrente da Constituição. Afinal, “a democracia não se resume ao princípio majoritário”. Devendo-se assim, garantir “uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial”. Assegurando a proteção de “valores e direitos fundamentais, mesmo contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos”⁶⁹.

Salomão Leite conclui como fator determinante para a Carta Magna impulsionar o ativismo judicial a adição dos instrumentos de combate às omissões inconstitucionais, sendo estes: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Tornando o Supremo Tribunal Federal não só o guardião da Constituição, mas também o órgão capaz de exigir dos outros Poderes o cumprimento de seus deveres constitucionais⁷⁰.

3.2.2 A Inércia Legislativa e os Fatores Sociológicos

Quando se fala em ativismo judicial no Brasil, e os fatores que impulsionam sua existência, a inércia legislativa é um dos motivos predominantes que se deve ter em mente. Afinal, a inconstitucionalidade por omissão legiferante é tema recorrente sobre a pauta dos direitos fundamentais prestacionais.

Estes direitos, diferentemente dos garantidos pela não intervenção, necessitam da concretização legislativa para atingirem sua finalidade definida pela Constituição. E na desobediência ao mandamento positivo de legislar a inconstitucionalidade se insurge, ensejando a suplantação do vácuo pelas vias judiciais.

Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428/351>. Acesso em: 8 mai. 2022

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 14, jan.dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 mai 2022

⁷⁰ LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Revista Direito, Estado e Sociedade, São Paulo, n.45. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428/351>. Acesso em: 8 mai. 2022

Esta “*inertia deliberandi*” por parte do Governo e Parlamento no tangente aos debates à anseios sociais, não só derivam de suas características conservadoras, mas também mostra “uma forma eficaz de diminuir o custo de algumas decisões políticas que ainda se configuram tabus sociais”⁷¹. Sendo altamente favorável às instituições legislativas a transferência desses custos ao Supremo.

Sob diferente ótica, a expansão sobre os poderes Legislativo e Executivo nas decisões ativistas em favor de grupos sociais cerceados de direitos básicos, angaria o apoio social ao Supremo Tribunal Federal, em sobreposição à uma política desmoralizada⁷².

Traz-se à baila a perspectiva sociológica que impulsiona o ativismo, principalmente por conta da inércia legislativa inconstitucional que gera uma sensação de “descrença” no Congresso Nacional por parte da sociedade.

Sobre este prisma de pensamentos, trata Carlos Alexandre de Azevedo: “Omissão em um primeiro momento e respeito institucional ao Supremo no segundo acabam sendo as atitudes estratégicas mais convenientes. No final, a legitimidade social das decisões ativistas fala muito alto”⁷³.

Ao votar, na ADO 26, o Ministro Luís Roberto Barroso defende ser fácil, na vida cotidiana, distinguir com clareza a fronteira que separa a legislação da interpretação da constituição, mas tal fronteira é móvel, e pode ser tornar menos nítida de caso a caso⁷⁴.

A fronteira, seria demarcada por uma linha que pode ser traçada em dois planos diferentes:

O primeiro plano dessa linha demarcatória seria na ocasião em que o Congresso atuaria, produzindo uma lei por sua própria volição, devendo-se então o Supremo Tribunal Federal ser deferente, considerando a vontade popular, e somente então invalidando a lei em caso de flagrante desacordo constitucional. Contudo, ressalta ainda o Ministro, em caso de não atuação por parte do Congresso Nacional, quando há mandamento positivo na Carta Magna para legislar, cabe-se assim a

⁷¹ LEAL, M.C.H.; MORAES, M.V. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro entre ativismo e legalismo na proteção de direitos de grupos vulneráveis: análise da decisão que criminalizou a homofobia (ADO 26). **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, v. 26, p 382, 2021.

⁷² *Ibidem*. p. 380-381.

⁷³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **RIDB**, ano, v. 2, 2013.

⁷⁴ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF. Voto ministro Luís Roberto Barroso. Acesso em: 10 mai 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&t=2710s>

intervenção por parte do Pretório Excelso para que a vontade do Constituinte Originário seja acatada⁷⁵.

O segundo plano, como descreve, se atém à matéria que venha ser discutida em pauta. O Supremo Tribunal Federal tem tomado como padrão de comportamento frente ao legislativo a posição de autocontenção. Garantindo ao Congresso Nacional “o maior espaço possível para atuação”, valendo isto para todos os tipos de matérias.

No entanto, quando os direitos fundamentais ou a preservação das normas funcionais do Estado Democrático de Direito entram em discussão, justifica-se uma postura ativa por parte da corte. Afinal, os Direitos Fundamentais e as normas basilares da democracia, mesmo em contraposição à vontade da maioria, devem prevalecer, e o papel do STF é o de guardião destes⁷⁶.

Demonstrando uma deferência ao Legislativo, mas assegurando que a “interpretação constitucional é função típica do Supremo Tribunal Federal”, o ministro Barroso aborda está “fronteira entre a legislação e a interpretação”, que será estudado mais à frente⁷⁷.

No caso em pauta, o Ministro vota por reconhecer os “dois planos” nos quais se favorece a atuação do Tribunal. Verificando-se, dessa forma, a omissão inconstitucional por parte do Congresso Nacional e, por conta desta, restam prejudicados os Direitos Fundamentais “à liberdade; à igualdade; à integridade e à própria vida de integrantes da comunidade LGBT”⁷⁸.

3.2.3 O diálogo entre a Política e o STF

O Congresso Nacional tem praticado um diálogo aberto, constitucional e saudável frente às decisões do Supremo Tribunal Federal. Nada mais justo, afinal a interpretação da Constituição muitas vezes se confunde, tanto como objeto da política,

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ LEAL, M.C.H.; MORAES, M.V. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro entre ativismo e legalismo na proteção de direitos de grupos vulneráveis: análise da decisão que criminalizou a homofobia (ADO 26). **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, v. 26, p. 380, 2021

⁷⁸ Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF. Voto ministro Luís Roberto Barroso. Acesso em: 10 mai 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&t=2710s>

como objeto da jurisdição constitucional, conseqüentemente aproximando os tribunais da atividade política⁷⁹.

“Exemplo importante dessas reações legítimas tem sido a prática de reversão legislativa dos precedentes da Corte”⁸⁰. Ainda que avaliado sob uma perspectiva negativa pelo pioneiro no assunto, Ricardo Lobo Torres⁸¹, aqui entende-se que deve se observar esta troca de entendimentos como um diálogo entre instituições democráticas. Como segue, Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

É que, para contornar os efeitos práticos das decisões de inconstitucionalidade, têm sido utilizadas emendas constitucionais com o propósito de alterar o parâmetro normativo superior exatamente na direção apontada pela Corte como sendo o *adequado* para que as proposições legislativas infraconstitucionais, então declaradas inválidas, pudessem ter avançado⁸².

O exemplo que segue é o caso onde o Supremo negou a progressividade do IPTU⁸³ com base no artigo 156, §1º, e aplicando as limitações expressas dos parágrafos 2º e 4º do artigo 182 da CF, não admitindo, assim, aplicação para fins extrafiscais de forma legítima.

O que se sucedeu foi a edição da Emenda Constitucional 29/2000, alterando justamente o §1º do artigo 156 e afastando a fundamentação que era basilar à argumentação da inconstitucionalidade. Em “resposta amigável”, a corte afirmou a constitucionalidade da EC 29/2000, legitimando o diálogo entre as instituições em sede de controle incidental⁸⁴.

O prestígio que decorre do Congresso nesta dinâmica com o Supremo Tribunal Federal respeita a autoridade da corte como intérprete final, mostrando de

⁷⁹ LEAL, M.C.H.; MORAES, M.V. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro entre ativismo e legalismo na proteção de direitos de grupos vulneráveis: análise da decisão que criminalizou a homofobia (ADO 26). **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, v. 26, p. 380, 2021

⁸⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **RIDB**, ano, v. 2, 2013.

⁸¹ Lobo Torres observa a superação da autocontenção pelo judiciário uma afronta ao equilíbrio entre poderes. - TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006,

⁸² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **RIDB**, ano, v. 2, 2013.

⁸³ Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário n.º 153.771/MG**, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 20 nov. 1996. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742036/recurso-extraordinario-re-153771-mg>. Acesso em: 23 mai. 2022

⁸⁴ Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário n.º 423.768/SP**, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 01 dez. 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14767882/recurso-extraordinario-re-586693-sp-stf>. Acesso em: 24 mai. 2022

ambas as partes uma “estabilidade/maturidade político-institucional”⁸⁵.

Outro ator de suma importância e prestígio no sistema político brasileiro é o Poder Executivo Federal que, em sua grande maioria dos representantes, tem demonstrado uma postura respeitosa ao Supremo Tribunal. No entanto, considerando o comportamento em específico do atual representante do Poder Executivo, faz-se a ressalva de que o mesmo está sendo a exceção⁸⁶.

Os Presidentes do Brasil, em sua maioria, mesmo sob escrutínio da Corte Suprema se portaram exemplarmente no pós 1988, e, considerando o histórico brasileiro já disposto, isto é de grande valia. A exemplo do “caso Mensalão”, pouco antes do julgamento altamente custoso para a imagem do partido da então Presidente Dilma Rousseff, foram nomeados dois ministros sem a mínima vinculação partidária e com longa carreira na magistratura⁸⁷.

O respeito do Congresso Nacional e do Executivo Federal às decisões do Supremo, e a perspectiva dialógica entre a política e jurisdição na esfera Federal, impulsionam o ativismo por existir “um ambiente político sem resistências sistêmicas que representem ameaças à sua independência ou que forcem seu recuo institucional”⁸⁸.

3.3 AS CARACTERÍSTICAS DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO INTERPRETATIVO E INSTITUCIONAL NO CASO BRASILEIRO

A doutrina brasileira acerca do ativismo judicial carece de “*posicionamentos puros*”, como Lênio Streck preceitua. Afirmando que na maioria das vezes os enfoques

⁸⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **RIDB, ano**, v. 2, 2013.

⁸⁶ O atual Presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, não mede esforços para entrar em conflito com o Supremo Tribunal Federal. Em sua última bravata, atacando as futuras eleições, vociferou contra o STF, intensificando e escalando em menos de um mês as acusações contra ministros e a instituição. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/linha-do-tempo-a-escalada-da-tensao-entre-stf-e-bolsonaro-em-um-mes/>. Acesso em: 24 mai. 2022

⁸⁷ Luiz Fux em 1993 ingressou na magistratura e em 1997 foi promovido a desembargador no TJRJ, tornando-se ministro do STJ em 2001. Enquanto Rosa Weber ingressou na magistratura em 1976, como juíza do trabalho substituta, sendo promovida a titular de vara do trabalho e Juíza do TRT 4ª Região. Em 2006 tomou posse como ministra do TST.

⁸⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **RIDB, ano**, v. 2, 2013.

sobre o tema acabam se misturando, “sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seja o ativismo.”⁸⁹

Quando o ativismo é abordado sob a perspectiva metodológica à interpretação jurídica, mostra-se ineficaz por acabar simplificando o fenômeno à mera dicotomia do “certo e errado”. Como Marshal afirma, “As questões sobre se uma decisão é correta ou se é ativista podem se relacionar, mas são distintas”⁹⁰, podendo uma decisão muito bem ter características ativistas, mas estar “errada” ou “correta” dentro de sua perspectiva de Estado Democrático e divisão de poderes demarcada pela Constituição.

Variando ao outro lado quanto à autocontenção, caso se imponha algum juízo de valor, a decisão proferida pelo julgador pode acabar também sendo considerada “certa ou errada”. Podendo ainda se argumentar sobre aqueles que se utilizam das terminologias “ativismo e autocontenção” amplamente para amalgamarem em uma única definição as decisões que discordam da atuação jurisdicional⁹¹.

Sob outro prisma de pensamento, a concepção mais neutra e pluridimensional do ativismo judicial advém de uma percepção institucional do fenômeno. Sem qualquer atribuição de valores externos em busca de definições dicotômicas, perceber o ativismo como um comportamento admissível em cada democracia é compreender a fluidez no sistema de divisão das funções estatais, expandindo e recuando os poderes judiciais a depender do comportamento ativista ou auto contensivo demandado em determinada situação⁹².

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51-61

⁹⁰ MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 101-140, 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID330266_code020915630.pdf?abstractid=330266&mirid=1. Acesso em: 16 mai. 2022

⁹¹ YOUNG, Ernest A. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1145, 2002. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2526&context=faculty_scholarship>.

⁹² LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Revista Direito, Estado e Sociedade, São Paulo, n.45. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428/351>. Acesso em: 14 mai. 2022

Trata-se, portanto, de um conceito “vazio e que não se relaciona propriamente com posicionamentos conservadores ou liberais”, utilizado muitas vezes como a terminologia para definir uma decisão judicial que se discorde⁹³.

Nesta perspectiva neutra, considerando as características já elencadas no contexto brasileiro, destacamos a definição utilizada por Carlos Alexandre de Azevedo, que versa:

“[...] defino o *ativismo judicial* como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias”⁹⁴.

As características e causas elencadas destoam da conceituação interpretativa empregada no estudo do ativismo por Luís Roberto Barroso, que indica justamente uma inclinação tendenciosa à autocontenção como proposta para harmonia entre os poderes.

3.3.1 A perspectiva Neutra e Institucional em oposição à Metodológica Interpretativa do Ativismo Judicial no Brasil.

O ativismo judicial é definido sob a perspectiva interpretativa de Luís Roberto Barroso como, “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”⁹⁵. E apesar de se assemelhar com uma definição não tendenciosa, a caracterização do fenômeno em tela acaba por pecar neste sentido.

Barroso define o ativismo judicial como marcado pela aplicação da Constituição às situações que não se fazem expressas em seu texto, a declaração de

⁹³ LEAL, M.C.H.; MORAES, M.V. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro entre ativismo e legalismo na proteção de direitos de grupos vulneráveis: análise da decisão que criminalizou a homofobia (ADO 26). **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, v. 26, p. 380, 2021

⁹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **RIDB**, ano, v. 2, 2013.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 14, jan.dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 mai 2022

inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios flexíveis à interpretação Constitucional e a imposição de ações, ou inações, quanto ao Poder Público frente a políticas públicas⁹⁶.

Prosseguindo em sua argumentação no viés interpretativo das decisões, o ministro Barroso exemplifica a matéria utilizando o setor da saúde, exibindo a notória situação das inúmeras intervenções judiciais acerca de pedidos sobre medicamentos e terapias. Alegando que estas desorganizam a atividade administrativa e comprometem a alocação dos escassos recursos públicos, “Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional **e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea**, antes eleva do que diminui”⁹⁷.

Ora, não existem modelos hermenêuticos absolutos definidos para a utilização do intérprete judicial, bastando somente esta condição categórica para que a linha de raciocínio interpretativa à avaliação do ativismo mostrar se falível.

Em uma perspectiva múltipla, mas ainda sob a égide do exemplo supra, Humberto Ávila ao definir os critérios de procedimento, objeto e instrumento descaracterizados pela intromissão do poder judiciário no legislativo, frisa que o instrumento a ser utilizado pelo legislador para realizar os mandamentos constitucionais programáticos seriam normas gerais e abstratas.

No entanto, ao ter esse instrumento usurpado pelo judiciário, este não pode garantir a mesma aplicação uniforme a todos de uma forma abrangente e variável de forma igualitária. Algo que consegue o Poder Executivo, por exemplo, ao administrar com base na generalidade garantida pelo Legislativo⁹⁸.

Além disso, o professor Glaucio Salomão Leite ressalta ainda um segundo ponto que cristaliza a frágil proposição metodológica interpretativa. Denotando que as reações das instituições políticas aos pronunciamentos judiciais seriam deixadas de lado, junto às repercussões das decisões nos demais poderes estatais⁹⁹, como aduz:

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*. p. 20

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011

⁹⁹ LEITE, Glaucio Salomão. *Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira*. Revista Direito, Estado e Sociedade, São Paulo, n.45. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428/351>. Acesso em: 14 mai 2022

Nessa perspectiva, a redução metodológica do ativismo judicial a problemas de interpretação jurídica acabaria minimizando-o enquanto categoria funcional relevante para se analisar o papel institucional das Cortes. Se se entende que, por mais protagonista que venha a ser, uma Corte Suprema jamais poderá simplesmente ocupar o espaço legítimo do sistema político, e se o ativismo judicial, numa abordagem institucional, pretende realçar precisamente a dinâmica de atuação entre os poderes, então o ativismo judicial não deve ser analisado exclusivamente como um problema de interpretação jurídica¹⁰⁰.

No momento em que define as características da face oposta, a autocontenção, Barroso ainda ressalta em sua metodologia de base hermenêutica: “[...] utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos”¹⁰¹. Mas não seria esta caracterização a flagrante declaração do comprometimento de uma análise imparcial do fenômeno aqui abordado?

Quando há uma compreensão estrutural do ativismo e da autorrestrição, não subsiste espaço para qualquer comprometimento com nenhuma ideologia. Relacionar a autocontenção ao conservadorismo e o liberalismo ao ativismo é um erro metodológico que novamente implica na dicotomia descabida ao multifacetado esquema que o ativismo judicial demanda em sua abordagem.

Ao apresentar uma abordagem tripartite, Humberto Ávila em um dos três critérios que conceitua serem essenciais para a identificação do ativismo¹⁰², trata das normas constitucionais que permitem uma discricionariedade maior por parte do legislador, por não deterem definições claras, mas sim generalistas.

Caso as normas criadas pelo legislador, em obediência à norma aberta pela CF, “ainda que não do modo ideal” forem suplantadas pela atuação judicante, configurará então o Ativismo Judicial nesta decisão, sob o critério quanto ao objeto¹⁰³.

No entanto, sob o critério relativo ao procedimento, quando o judiciário for instado para regular a matéria em favor da proteção de direitos fundamentais, no caso de total omissão de matéria normativa sobre o tema, Ávila compreende que não

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 14-15, jan.dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 mai 2022

¹⁰² O ativismo judicial, segundo Ávila, possui três critérios de verificação por descaracterizar a função legislativa: Pelo procedimento, pelo objeto e pelo instrumento.

¹⁰³ ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. **Grandes Questões Atuais de Direito Tributário**, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011.

haverá uma sobreposição ao poder Legislativo, muito menos deverá ser classificado como Ativismo Judicial. Afinal, o procedimento utilizado pelo legislativo é o democrático, e em caso de omissão não há comprometimento deste exercício pelos legisladores¹⁰⁴.

Portanto, é factual que, sob a perspectiva aqui defendida pelo Professor Salomão Leite, o ativismo não é sinônimo de excesso, visto que “a ordem constitucional pode não só estimular, como *exigir* posturas ativistas do Poder Judiciário em determinadas circunstâncias”¹⁰⁵.

Afinal, se se é demandado da própria Corte Suprema do país um posicionamento muitas vezes contramajoritário para a defesa de preceitos fundamentais, é de fácil percepção a inevitável decadência das bases de um Estado Democrático de Direito caso seja adotada amplamente a Autocontenção em nome do “jogo harmônico entre os poderes”¹⁰⁶.

Sob este aspecto, Streck observa o aumento desta litigiosidade não como algo que ocorra em decorrência do “desejo ou da vontade do órgão julgante”, mas sim “derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição”. Dependendo de diversas medidas advindas dos poderes Legislativo e Executivo para ocorrer a diminuição desta judicialização¹⁰⁷.

A consequência da análise institucional e neutra em consonância aos motivos que impulsionam os fenômenos do ativismo e a autocontenção, a exemplo da característica fundante na Constituição Federal em ser programática e como ela traz ao Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de fiscal de suas promessas prestacionais, resulta em uma abordagem que deve necessariamente ser multifacetada em cada decisão por si. Logo, “Sendo múltiplos os aspectos, sob certo ângulo uma decisão pode apresentar um viés ativista e, por outro, mostrar-se

¹⁰⁴ Salienta-se, porém, que para o autor, sua definição de Ativismo judicial se encontra longe do imparcial. Observando-o como “o exercício da atividade judicial que desrespeita, porque descaracteriza a função típica do Poder Legislativo.” - ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. **Grandes Questões Atuais de Direito Tributário**, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011.

¹⁰⁵ LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Revista Direito, Estado e Sociedade, São Paulo, n.45. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428/351>. Acesso em: 14 mai. 2022 p. 5.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51-61

deferente a outros poderes. Isso quer dizer que uma decisão *não tem que ser inteiramente ativista*¹⁰⁸.

Em nota final, Barroso mostra-se derradeiramente parcial ao ativismo judicial, referindo a este como “um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”. De forma simples e metafórica, o Ministro explanou como a sua linha de raciocínio simplesmente não se apresenta, nem remotamente, à imparcialidade e neutralidade demandadas para a avaliação do fenômeno ativista¹⁰⁹.

Mas segue, e profere finalmente palavras quais não se observa qualquer chance de debate acerca de metodologias interpretativas, tendenciosas, multifacetadas ou neutras. Afirmando que a real disfunção que aflige a democracia brasileira é a de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo.

Representatividade que deve ser reformada, e esta não pode ser conduzida por juízes, mas observando sob a perspectiva neutra, nem estes o tentam. O judiciário faz o que a Constituição lhe imbicou como responsabilidade, e demanda dos demais poderes que o façam também. Expandindo e recuando sobre suas áreas de influência, e reforçando o jogo democrático, assim garantindo mesmo que em atuação contramajoritária, o respeito à Carta Maior e suas diretrizes.

¹⁰⁸ LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Revista Direito, Estado e Sociedade, São Paulo, n.45. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428/351>. Acesso em: 14 mai. 2022. p.6

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 21, jan.dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 16 mai 2022

4 COMO O ATIVISMO JUDICIAL SE FAZ PRESENTE NA ADO N° 26 E BUSCA SUPRIMIR O VÁCUO LEGIFERANTE SOBRE O TEMA

O ativismo judicial detém diversas características e causas multilateralizadas sob uma perspectiva neutra e empírica das decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Observando-se as decisões prolatadas pelos ministros na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão N° 26, podemos observar em sua maioria a dimensão do ativismo qual apoia “a gradual ocupação de vazios normativos deixados pelo Congresso Nacional e colmatados judicialmente.”¹¹⁰

No entanto, para a atuação do Supremo Tribunal ocorrer, suplantando temporariamente o papel positivo do legislativo, se necessita antes de tudo do reconhecimento da mora inconstitucional por parte do Congresso Nacional, para em segundo momento ser legitimada a atuação interpretativa resultante na tipificação da homotransfobia presente no crime de racismo.

4.1 A ANÁLISE DOS VOTOS NA ADO N°26

4.1.1 O Não reconhecimento da mora legislativa por não existência de mandamento constitucional ao Congresso

Persistindo como o único na corte que apresenta esta abordagem ao caso, o ministro Marco Aurélio não hesitou em reconhecer como o Supremo Tribunal Federal, “na condição de guarda último da Constituição Federal, não tem falhado no âmbito do reconhecimento das diversas orientações sexuais e identidades de gênero”, percebendo os esforços da corte em favor da proteção às minorias e aos grupos socialmente vulneráveis, mas também ressaltando-se “aos limites de atuação impostos pelo texto constitucional.”¹¹¹

¹¹⁰ LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Revista Direito, Estado e Sociedade, São Paulo, n.45. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428/351>. Acesso em: 18 mai. 2022

¹¹¹ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Marco Aurélio. p. 2. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

Citou também, como outros ministros também o fizeram, os dados alarmantes da violência contra pessoas do espectro LGBT+ no Brasil. Tornando o país “[...] à condição de campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais, contabilizando uma morte violenta a cada 20 horas”¹¹², reconhecendo a importância dos grupos impetrantes das ações em referência em combaterem o cenário de barbárie permitido pelo Estado brasileiro.

No entanto, em sentido diametralmente oposto e com base no princípio da igualdade, entende ser incabível, em primeiro momento, “a existência de direito público subjetivo à criminalização da conduta de outrem para, num segundo, vislumbrar-se ausência de norma a regulamentar o exercício de tal direito.”¹¹³

Frisa-se neste argumento a perspectiva de Humberto Ávila quanto ao critério relativo ao instrumento¹¹⁴. Na qual resta explicado pelo autor que o exercício da função judicial acaba comprometendo o princípio da igualdade em sua aplicação pelo legislativo, devendo ser exclusiva a titularidade do Estado do poder-dever de punir¹¹⁵.

Trazendo à baila a natureza declaratória da ADO, o ministro reconhece a “impropriedade da ação, na extensão postulada pelos autores [...]”, não admitindo, com base no princípio da reserva de lei em matéria penal, “a atuação do Supremo ante a relação com os demais Poderes [...]”¹¹⁶.

Ao final, apresenta em seu voto, a tendenciosa parcialidade à autocontenção, quando explana, em grifos nossos:

A estrita legalidade, no que direciona à ortodoxia na interpretação da Constituição Federal em matéria penal, não viabiliza ao Tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na Lei Maior, esvaziar o sentido literal do texto, mediante a complementação de tipos penais. Ao versar a discriminação ou o preconceito considerada “a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional”, a Lei nº 7.716/1989 não contempla a decorrente da orientação sexual do cidadão ou da cidadã.¹¹⁷

¹¹² *Ibidem*. p. 5.

¹¹³ *Ibidem*. p. 8.

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011

¹¹⁵ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Marco Aurélio. p. 9. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibidem*. p.10.

Ora, ao versar sobre a “estrita legalidade” penal direcionar à “ortodoxia na interpretação da Constituição Federal, o ministro esclarece seu posicionamento interpretativo avesso ao Ativismo. Observando-o como um ponto reverso à “ortodoxia” do legalismo que “acabaria por esvaziar o sentido literal do texto”.

Ainda é visível, ao final do voto, uma “deferência à autocontenção” ao interpretar o mandamento na Constituição Federal em seu artigo 5, inciso XLI, como o verbo “punir” sendo o gênero, enquanto “criminalizar”, a espécie. Considerando que, o comando constitucional seria à instituição de sanções que não abarcadas pelo Direito Penal.

Marco Aurélio cristaliza em seu voto a inobservância de uma perspectiva neutra e institucional do ativismo judicial, optando por aplicar a prática hermenêutica da literalidade. Revestindo-o nos princípios da igualdade e legalidade estrita da matéria penal, tornando seu voto ao menos compatível com o caso em pauta e não destoar em grande distância de seus colegas de corte.

4.1.2 O reconhecimento da mora legislativa, cientificando ao Legislativo de sua inércia

Sob outra perspectiva, o ministro Ricardo Lewandowski consegue observar a mora inconstitucional na inércia legiferante, indicando o ditame objetivo ao Congresso Nacional para a criminalização de condutas discriminatórias.

O ministro observa não só como necessário, visto o que a comunidade LGBT é submetida diariamente, mas também como obrigatório, afinal “a Constituição contém claro mandado de criminalização neste sentido: conforme o art. 5º, XLI, ‘a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais’.”¹¹⁸

Seguindo por exemplificar e explanar dados estatísticos sobre como a LGBTfobia assola não só o Brasil, mas o mundo todo. O ministro ainda destaca como a omissão parlamentar em cumprir o mandado de criminalização, em casos semelhantes, também ascende em caráter mundial, junto ao conceito de supremacia constitucional.

¹¹⁸ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Ricardo Lewandowski. p. 7. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

Desta forma, os tribunais se tornaram mais “sensíveis aos reclamos de grupos sistematicamente excluídos da esfera política [...]”¹¹⁹, e resultando na transferência de decisões impopulares do âmbito político para o judicial, algo que Hennig Leal destaca como forma eficaz para a diminuição do “custo político” frente à tabus sociais¹²⁰.

Finalizando, portanto, ao reconhecer como “inconteste” a mora legislativa, admitindo que “pouco pode esta Corte fazer” por não ser viável “invocar os precedentes concretistas firmados em outros Mandados de Injunção. Afinal este caso em específico está relacionado “à matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta.”¹²¹

Ainda restrito ao legalismo e a não observância do ativismo judicial como uma resposta natural e institucional garantida pela constituição¹²², o ministro Lewandowski não admite em seu voto a postura interpretativa da corte que inclua a homotransfobia no rol de atos repreensíveis à luz da lei 7.716/1989.

No entanto diferentemente de seu colega Marco Aurélio, qual não observa a mora legiferante. Lewandowski identifica perfeitamente o mandamento constitucional presente no artigo 5, inciso XLI da Carta Maior, onde foi confiado o “uso simbólico do Direito Penal para afirmar o valor da vida das pessoas que contrariam a heteronormatividade e a cisgeneridade, bem como na eficácia punitiva maior oriunda dessa especificidade.”¹²³

Ao comparamos ambas as decisões entre os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, percebemos haver preferência interpretativa pelo legalismo quando referindo-se a norma penal. Mas, mais do que isto, é cristalina a tendência autocontensiva pelo primeiro ministro frente à Constituição, enquanto o segundo observa o mandamento ao legislador de forma mais ativista, revolvendo ao ponto já

¹¹⁹ *Ibidem*. p. 8.

¹²⁰ LEAL, M.C.H.; MORAES, M.V. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro entre ativismo e legalismo na proteção de direitos de grupos vulneráveis: análise da decisão que criminalizou a homofobia (ADO 26). **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, v. 26, p 382, 2021

¹²¹ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Ricardo Lewandowski. p. 15. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.

¹²² LEITE, Glaucio Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Revista Direito, Estado e Sociedade, São Paulo, n.45. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428/351>. Acesso em: 14 mai 2022

¹²³ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Ricardo Lewandowski. p. 12. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.

mencionado anteriormente neste mesmo trabalho, que uma decisão, neste caso um voto, não necessariamente precisa ser por completo ativista ou autocontensivo¹²⁴.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, e elogiando os votos proferidos em repúdio ao preconceito e à violência, o ministro Dias Toffoli acompanha o voto proferido por seu colega Ricardo Lewandowski sem acrescentar à discussão.

4.1.3 Reconhecimento da mora legislativa e equiparação da homotransfobia ao crime de racismo

Sob este prisma de pensamento detemos a votação majoritária da corte, resultando desta linha de pensamento a decisão final por reconhecer a mora legislativa e criminalização da LGBTfobia por meio dos tipos penais aplicáveis ao racismo, na lei 7.716/89.

Encabeçando a argumentação em proposta a ideia majoritária dos votos temos os relatores Edison Fachin e o ministro Celso de Mello¹²⁵. Onde o ministro Fachin, ao reconhecer a mora legislativa, traz à luz tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário. Reforçando o mandamento constitucional de criminalização “no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, incluindo, por evidente, a de orientação sexual e de identidade de gênero.”¹²⁶

Fachin ainda prossegue por registrar as iniciativas legislativas que ocorreram de fato em obediência ao artigo 5º, inciso XLI, como a própria Lei 7.7126 de 1989, tipificando os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor e a Lei 10.741 de 2003, inovando a redação do Código Penal e tipificando a injúria consistente na utilização de elementos como, raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Realçando ainda mais a omissão, “especialmente em vista do direito à igualdade, caso se tenha em conta que são

¹²⁴ LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Revista Direito, Estado e Sociedade, São Paulo, n.45. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428/351>. Acesso em: 14 mai 2022

¹²⁵ Relatores do Mandado de Injunção nº4733 e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26, respectivamente.

¹²⁶ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Edison Fachin. p. 14. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

distintos os parâmetros de proteção da população idosa ou negra, por exemplo relativamente à LGBT.”¹²⁷

Em sentido semelhante, mas atendo-se à interpretação do texto legal da Constituição, o ministro Luís Roberto Barros e a ministra Rosa Weber se firmam em argumentar que no artigo 5º, XLI, da Carta Magna, que mesmo não havendo uma definição inequívoca do que seria homofobia e transfobia, não restam dúvidas “de que constituem formas de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”¹²⁸

Superado este ponto, e assentando-se que deve existir lei que puna estas condutas atentatórias, avança-se sobre os argumentos referentes a Constituição não especificar se “esse comando deve ser cumprido por meio da tipificação penal ou da punição administrativa desses atos.”¹²⁹

Tendo esta questão sendo também levantada pelo ministro Alexandre de Moraes, o ministro Barroso a divide em três fatores: “A existência de sistemática violência, física e psíquica contra a minoria em questão”; “outros tipos de discriminação contra grupos sociais minoritários são objeto de criminalização específica”; e apesar punições administrativas existirem em certas leis estaduais “para situações de discriminação contra a comunidade LGBTI+ essas iniciativas têm se revelado insuficientes à prevenção e à diminuição da incidência de casos de homofobia.”¹³⁰

A insuficiência das punições para inibir as situações de discriminação contra a comunidade LGBTI+, é apresentada também na fundamentação do reconhecimento de mora emitida ministro Alexandre de Moraes. Prosseguindo por trazer a responsabilidade da corte em “definir se o dispositivo constitucional é genérico, permitindo ao Congresso Nacional a opção entre aditar legislação

¹²⁷ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Edison Fachin. p. 14. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.

¹²⁸ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Luís Roberto Barroso. p. 20. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

¹²⁹ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Luís Roberto Barroso. p. 21. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

¹³⁰ *Ibidem*. p. 21-22.

administrativa, civil ou penal; ou todas”¹³¹, adiantando-se em se posicionar quanto ao inciso XLI, indicando a “presença de uma verdadeira determinação constitucional para a edição de lei penal, pois faz parte do núcleo penal e processual penal do artigo 5º”¹³².

Sob outra perspectiva, a ministra Rosa Weber, como já dito antes, ao reconhecer a mora legislativa aduz que o comando do Constituinte ao legislador é “em imperativo ‘punirá’”, no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal. Seguindo por argumentar que a jurisprudência da Corte já é pacífica “no sentido de que a existência de projetos de lei em tramitação não afasta a mora inconstitucional, o que somente se dá com a efetiva conclusão do processo legislativo.”¹³³

“Aqui, Senhor Presidente, eu trago também toda a exposição de motivos que as legislações apresentaram antes da votação, entretanto é mais do que inequívoca a inércia legislativa. Esses projetos não caminham, esses projetos não andam.”¹³⁴, como o ministro Luiz Fux relata e, em concordância, o ministro Gilmar Mendes complementa, por afirmar que a intervenção do Poder Judiciário é justificada nesta mora.

Afinal, visto que não há tipificação dos crimes de homofobia e transfobia, resulta-se assim na exposição de “grupos minoritários a situações graves de violência social” e suscitando em “um desvio dos comandos constitucionais que firmam a reprovabilidade de condutas discriminatórias.”¹³⁵

Em panorama, estes são os argumentos utilizados pelos ministros em reconhecimento à mora legislativa. Perpassando-os pelo Bloco de Constitucionalidade, em referência aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos,

¹³¹ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Alexandre de Moraes. p. 25. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

¹³² *Ibidem*.

¹³³ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto da ministra Rosa Weber. p. 4. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

¹³⁴ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto do ministro Luiz Fux. p. 3. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

¹³⁵ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto do ministro Gilmar Mendes. p. 4. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

seguindo pelos princípios basilares da Democracia e finalizando nos termos literais do texto constitucional.

Ainda analisam o contexto punitivo ineficaz, seja por vias administrativas em leis estaduais esparsas ou por projetos de leis penais embargados no processo legislativo do Congresso Nacional.

As avaliações dos decanos em reconhecerem a mora legislativa prosseguem por interpretarem em segundo momento, como deverá ocorrer a colmatação do vácuo punitivo nas discriminações sofridas pela comunidade LGBT.

Inicialmente ocorre a ressalva, realizada pela maioria dos ministros desta linha de pensamento, e exemplificada por Alexandre de Moraes quando em seu voto declara que “não está constitucionalmente deferida a possibilidade de substituir-se ao Poder Legislativo, inovando no mundo jurídico com a criação de novo tipo penal [...]”¹³⁶.

De forma semelhante, considerando a harmonia entre os poderes, avalia a possibilidade de fixação do prazo de atuação do Congresso Nacional pela Corte. Considerando descabido constitucionalmente, pois as “prioridades políticas e conjunturais devem ser decididas *interna corporis*”¹³⁷.

Partindo em direção a argumentação favorável ao preenchimento do vácuo punitivo, vence-se o viés legalista estrito, qual impossibilita de criação de tipo penal pela jurisdição, através do fundamento que “o Judiciário não está criando uma figura. O Judiciário está fazendo a interpretação da legislação infraconstitucional que trata do racismo à luz da homofobia.”¹³⁸, como bem elucidado pelo ministro Luiz Fux e acrescido em entendimento pelos diversos ministros.

Neste mesmo sentido, a ministra Rosa Weber ao mencionar o precedente que baliza esta linha argumentativa, no Habeas Corpus 82.424/RS¹³⁹, ressalta que o Supremo Tribunal “interpretou o sentido e o alcance da definição jurídico-

¹³⁶ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Alexandre de Moraes. p. 35. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto do ministro Luiz Fux. p. 4. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

¹³⁹ Siegfried Ellwanger, ao produzir e divulgar materiais com conteúdo antissemita, foi enquadrado na Lei 73716/1989. Sendo reconhecido neste julgamento, pelo STF, que judeus, e consequentemente o antissemitismo, estariam abarcados dentro do conceito de racismo.

constitucional de racismo, compatibilizando critérios etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos, biológicos, históricos e culturais [...]”¹⁴⁰. Ou seja, a concepção racial dos discursos antissemitas não importa frente ao que é, ou não, raça, mas sim na promoção do preconceito e discriminação como uma raça e empreendendo assim, na segregação deste grupo.

Ainda sobre esta ampliação do conceito jurídico-constitucional de racismo, o ministro Celso de Mello segue por explicar que, não se limita ao “caráter estritamente fenotípico”, mas sim o comportamento decorre de uma segregação e inferiorização, com base na crença de que há hierarquia entre grupos humanos. Hierarquias estas, criadas artificialmente para apoiarem a “hegemonia de determinado grupo de pessoas sobre os demais estratos que existem em uma particular formação social.”¹⁴¹

Neste mesmo prisma de pensamento, o ministro Barroso explicita que o conceito de racismo, previsto no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, sofreu mutação constitucional¹⁴². Isto é, a percepção do texto “racismo” na Constituição modificou-se junto aos “valores de determinada sociedade. Afinal, a ideia do bem e do justo varia com o tempo”¹⁴³.

Em concordância, e citando o Caso Ellwanger, o ministro Gilmar Mendes compreende que o mesmo raciocínio pode ser aplicado, “de modo a se declarar possível que a norma endereçada à tipificação da discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, seja utilizada, de forma mais ampla, para se criminalizar a homofobia e transfobia”¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto da ministra Rosa Weber. p. 7. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

¹⁴¹ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto do ministro Celso de Mello. p. 97. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

¹⁴² “A mutação constitucional é um mecanismo de modificação informal da Constituição, que permite a transformação do sentido e do alcance das suas normas, sem que se opere, no entanto, qualquer alteração do seu texto.” - Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Luís Roberto Barroso. p. 27. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto do ministro Gilmar Mendes. p. 19. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

Ao final, interpretando o princípio da igualdade tanto ao HC 82.424/RS quanto ao caso em pauta, o ministro Edison Fachin depreende que se deve reconhecer “a igual ofensividade do tratamento discriminatório, seja para afastar a alegação de que judeus não seriam vítimas de racismo, seja para tolerar a apologia ao ódio e à discriminação derivada da livre expressão da sexualidade.”¹⁴⁵

4.2 COMO O ATIVISMO NOS VOTOS MAJORITÁRIOS BUSCA SUPRIMIR A MORA LEGIFERANTE E COLMATAR O VAZIO NORMATIVO

Observando-se cautelosamente os votos a favor do reconhecimento da omissão inconstitucional do Congresso Nacional, somado à extensão da tipificação prevista para crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual, ou identidade de gênero. Vê-se o ativismo judicial em sua dimensão referente à “gradual ocupação de vazios normativos deixados pelo Congresso Nacional e colmatados judicialmente.”¹⁴⁶, mencionado por Glauco Salomão.

Em um primeiro momento, quanto ao reconhecimento da omissão legislativa, observa-se no voto do ministro Gilmar Mendes que “a mera apreciação da omissão legislativa” pelo tribunal, impulsionou o Congresso Nacional a abandonar a completa inércia frente à matéria¹⁴⁷.

Ora, uma das características observadas pela perspectiva multifacetada e pluridimensional do ativismo judicial, é o impulsionamento do diálogo entre os poderes; neste caso o Legislativo.

O ministro pontua três projetos de lei, nos quais todos detendo o teor de proteção à comunidade LGBT, que foram desarquivados pela Mesa Diretora da

¹⁴⁵ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto ministro Edison Fachin. p. 20. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

¹⁴⁶ LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Revista Direito, Estado e Sociedade, São Paulo, n.45. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428/351>. Acesso em: 8 mai. 2022

¹⁴⁷ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto do ministro Gilmar Mendes. p. 6. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

Câmara em um intervalo de dois dias, e logo após o início da apreciação da ADO pelo Supremo.¹⁴⁸

Mesmo que a “mera tramitação de proposições” não modifique o estado de omissão inconstitucional, o próprio ministro vê com bons olhos o diálogo entre as instituições, denotando uma visão neutra e institucional acerca do ativismo judicial, como aduz:

Ressalto ainda que o caso em tela parece contribuir positivamente para a construção de uma teoria de diálogos institucionais entre os Poderes. Isso porque a reação legislativa deflagrada a partir do início da apreciação desta ação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal não fustiga, mas, na realidade, apenas avaliza a relevância da atuação desta Corte Constitucional na colmatação de omissões legislativas.¹⁴⁹

Citada pelos Ministros Celso de Mello, Edson Fachin e Alexandre de Moraes, a Opinião Consultiva n° 24 da Corte Interamericana de Direitos Humanos “foi formulada pela Costa Rica sobre a interpretação do Pacto de San José, tendo a Corte IDH afirmado o reconhecimento da identidade sexual e de gênero como manifestação da autonomia e do direito à identidade”, estando abarcados legalmente nos artigos 7 e 11 do Pacto¹⁵⁰.

Deste argumento utilizado pelos ministros destaca-se que, apesar de “incipiente” o diálogo entre o STF e a CIDH, “é possível constatar uma tendência de progressiva abertura para a realização deste diálogo vertical entre tribunais.”¹⁵¹. Abertura que permite uma abrangência ainda maior para fundamentação das decisões do Supremo pelo bloco de constitucionalidade, onde se encontram os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário.

Agremiados em nosso ordenamento jurídico e impulsionando o ativismo, Salomão Leite disserta sobre como os tratados e convenções, por suas posições

¹⁴⁸ O PL 9.8032/2014 (estendendo a proteção da Lei Maria da Penha a transgêneros e transexuais); O PL 336/2015 (instituinto o Estatuto das Famílias do Século XXI) e o PL 7.292/2017 (prevendo a qualificadora ao crime de homicídio, incluindo também o LGBTcídio no rol de crimes hediondos).

¹⁴⁹ Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/ DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019, Voto do ministro Gilmar Mendes. p. 7. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022

¹⁵⁰ LEAL, M.C.H.; MORAES, M.V. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro entre ativismo e legalismo na proteção de direitos de grupos vulneráveis: análise da decisão que criminalizou a homofobia (ADO 26). **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, v. 26, p 394, 2021

¹⁵¹ *Ibidem*.

hierárquicas constitucionais, asseguram os direitos neles previstos e vinculam tanto o Judiciário quanto o Legislativo aos seus preceitos¹⁵².

Prossegue-se para a arguição frente a possibilidade de ser, ou não, necessariamente penal a tipificação da homotransfobia. Destacando-se os ministros Alexandre de Moraes e Luiz Roberto Barroso, onde o segundo elenca três fatores para a fundamentação do seu voto em reconhecer que o comando constitucional para a tipificação seria penal. Derivando seus argumentos não somente do âmbito estritamente legal, mas também da realidade fática brasileira.

Como já elencado neste trabalho, é patente que o estado brasileiro é ineficaz em suas políticas públicas que visam o combate à violência contra a comunidade LGBT. Mas, apesar de escassas, estas políticas existem, nos dirigindo à Humberto Ávila em seu critério relativo ao objeto para a verificação do ativismo judicial.

O critério relativo ao objeto aduz sobre o caso das normas constitucionais, que demandam a ação do Legislativo, serem muitas vezes abertas. Permitindo uma abrangência maior à função de criação legal. Desta forma, caso o Poder Legislativo atue “ainda que não do modo ideal, a atuação do Judiciário que desconsiderá-la será ativista [...]”¹⁵³.

Em segundo momento, no tangente à extensão da aplicação da Lei 7.716/89, a fim de tipificar a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero em conjunto com as discriminações por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, destacamos aqui o argumento auferido pelo ministro Luís Roberto Barroso, quanto à mutação constitucional.

Como um processo de modificação informal da Constituição, a mutação constitucional “é a aplicação de normas que se alteram lenta e imperceptivelmente, quando as palavras do texto maior que permanecem imodificadas recebem um sentido distinto do originário”¹⁵⁴.

É inegável que a aplicação aqui prolatada ao racismo, constando na Constituição Federal, não é a mesma que o constituinte idealizou em 1988. No

¹⁵² LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Revista Direito, Estado e Sociedade, São Paulo, n.45. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428/351>. Acesso em: 8 mai. 2022

¹⁵³ ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011.

¹⁵⁴ BULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de direito constitucional** - 8. ed. rev. e atrn.11. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 - São Paulo: Saraiva, 2014.p. 436

entanto, a sociedade evoluiu, as necessidades se insurgiram, e com isso a interpretação da terminologia “racismo” precisou ser alargada, como bem argumentado por todos os ministros em favor, tanto na sustentação da prisão no caso Ellwanger, quanto na criminalização da homotransfobia.

Ainda sob a perspectiva multifacetada, Carlos Alexandre de Azevedo conceituou que o ativismo judicial “responde aos mais variados fatores institucionais”. Sendo os fatores sociais considerados nesta abordagem¹⁵⁵, observamos o ativismo judicial em sua faceta sociológica, por partir do judiciário e seu exercício interpretativo, o atendimento aos anseios daqueles que clamam nas ruas, mas por serem ainda minoritários recorrem a quem possa atuar em caráter precipuamente contramajoritário.

¹⁵⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **RIDB**, ano, v. 2, 2013.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, é absolutamente necessário pontuar que existe um “apagão” frente aos dados estatísticos sobre a violência contra a comunidade LGBT.

De forma circular verifica-se, em primeiro momento, que a violência existe em extensão descabida no Brasil, comprovando-se de forma cabal somente por pesquisas realizadas pela sociedade civil organizada, estimando-se por esta de forma exemplar, uma vez que o governo brasileiro se mostra desinteressado.

A classe política, em sua extensão no Poder Executivo, não empreende o interesse mínimo necessário para o levantamento de dados que é imprescindível à base de fundamentação das políticas públicas de combate à violência contra a comunidade.

Em sentido semelhante, o Poder Legislativo apresenta sua ineficiência em acompanhar as condutas homotransfóbicas por apresentar uma desproporcional mora aos projetos de lei que visam garantias mínimas de existência às pessoas não-heterossexuais e não-cisgêneras.

Esta mora é observada através da análise das movimentações de projetos de lei que visam punir as formas de discriminação LGBTfóbicas. Elucidando como o Estado Brasileiro em ambas instâncias políticas, Executivo e Legislativo, se mostra indisposto a combater as condutas homofóbicas e transfóbicas crescentes.

Por inviabilizar as pesquisas em âmbito federal, existe a dificuldade para angariar dados concretos, resultando no impedimento à fundamentação de políticas públicas eficazes. E pelo esforço em embargar projetos legislativos que tenham a finalidade de punir as discriminações sofridas pela comunidade LGBT, conclui-se que a violência discriminatória em pauta não persiste por mera ineficiência do Estado, mas sim pela institucionalização das condutas discriminatórias.

O trabalho segue por analisar as causas e características do ativismo judicial no Brasil, admitindo-se prontamente que foi rejeitada uma percepção simplória e dicotômica do fenômeno. Preferindo-se utilizar uma perspectiva ao estudo do ativismo que o aborde de forma multilateralizada, neutra e institucional.

Iniciando por avaliar o contexto em que o STF esteve inserido institucionalmente no Brasil em momentos autoritários anteriores à Constituição, foi elucidado, durante o estudo, que a passividade do Supremo Tribunal Federal no início do pós-1988 foi uma característica autocontensiva herdada de épocas anteriores,

quando um Executivo Federal hipertrofiado não permitia quaisquer interferências que atrapalhassem o seu regime ditatorial.

No entanto, o contexto institucional brasileiro evoluiu e as causas que impulsionaram o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal se tornaram propícias em diversos âmbitos, reforçando a metodologia de estudo do ativismo que propõe uma abordagem multilateral de suas causas e características.

Portanto, admitiu-se como as causas de impulsionamento ao fenômeno: A Constituição Federal; a Inercia Legislativa em consonância com os Fatores Sociológicos e o diálogo entre a Política e o STF e estudou-se as características do ativismo em contraposição à conceituação elencada por Luís Roberto Barroso.

Do confronto entre a perspectiva neutra e a interpretativa do ativismo judicial no Brasil, se comprovou que a metodologia interpretativa é parcial e tendenciosa à autocontenção. Não observando o ativismo como uma reação natural das Cortes Constitucionais, em expandir e recuar os seus poderes sobre os demais, reforçando a divisão entre os poderes no Estado Democrático de Direito.

Ao final, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão N° 26 é analisada, pontuando-se os argumentos principais emitidos pelos ministros e dividindo seus votos em três posicionamentos principais.

Utilizando-se dos marcos teóricos e metodológicos da abordagem ao ativismo, observou-se que o ativismo judicial se faz presente nos votos majoritários que se mostraram a favor do reconhecimento pela inércia legislativa e colmatação do vazio normativo pela equiparação da conduta de homotransfobia ao racismo.

O modo como o ativismo busca suprimir esta mora legislativa abrange vários dos aspectos abordados nas causas e características do ativismo sob sua perspectiva neutra.

Primeiramente, ao apreciarem quanto a existência ou não de omissão, ocorreu o diálogo entre a política e o STF, gerando uma movimentação de projetos legislativos de forma radical, como pontuado pelo ministro Gilmar Mendes sendo visto com bons olhos.

Ao prosseguirmos sob a égide do reconhecimento da omissão, verificou-se o argumento utilizado sobre entendimentos firmados em Cortes Internacionais de Direitos Humanos acerca de pactos que o Brasil é signatário. Visualizando-se uma abertura mais vantajada de direitos sociais abarcados no seio do Bloco de

Constitucionalidade, impulsionando o ativismo justamente por suas posições hierárquicas constitucionais.

Ao considerar-se os argumentos baseados no fator de que as políticas públicas existentes são ineficazes contra a violência, apresentados pelos ministros quanto a necessidade estrita da colmatação legal ser por tipificação penal. O ativismo se fez presente sob o critério relativo ao objeto, definido por Humberto Ávila, explicitando que mesmo a norma não sendo a ideal, a atuação do judiciário não deve sobrepô-la, a risco de ser eivada de ativismo.

Ao final, quanto à extensão da aplicação da Lei 7.716/89, a fim de tipificar a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero em reunião com as discriminações já previstas no texto da lei, falou-se em mutação constitucional.

A mutação constitucional é um processo que modifica a interpretação do texto da Constituição Federal, sendo reconhecida como uma modificação informal da Constituição. Aplicando-se assim uma interpretação extensiva do texto presente na Carta de 1988 e sendo utilizado para o embasamento desta interpretação a faceta sociológica do ativismo judicial abordada por Calos Alexandre de Azevedo.

Constatando-se assim, o ativismo judicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão N°26 em suas múltiplas facetas, causas e características.

Não se calcando a uma abordagem dicotômica e parcial, mas sim plural e neutra observa-se o fenômeno sob uma abordagem institucional e respeitosa frente aos demais poderes. Sinalado principalmente pela temporária tipificação do crime de homotransfobia, até que seja editada lei em sentido semelhante pelo Congresso Nacional.

REFERÊNCIAS

CERQUEIRA, Daniel. Atlas da Violência. Daniel Cerqueira et al. **São Paulo: FBSP**, 2021.

ÁVILA, Humberto. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. **Grandes Questões Atuais de Direito Tributário**, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 14, jan.dez. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 mai 2022

BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 04 de mai. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, n. 238, p.81. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>. Acesso em: 20 mai. 2022

BULGARELLI, Lucas; Et al. LGBTIfobia no Brasil: barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização. **São Paulo. All Out e Instituto Matizes**. 2021

BULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de direito constitucional** - 8. ed. rev. e atrn.11. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 - São Paulo: Saraiva, 2014.p. 106

Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**. Ata da 189ª sessão da Câmara dos Deputados, ordinária, da 4ª sessão legislativa ordinária, da 52ª legislatura, em 23 novembro de 2006. p. 52019. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0_020061124_001970000.PDF#page=115. Acesso em: 10 abr. 2022

Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**, Ata da 207ª Sessão da Câmara dos Deputados, ordinária, da 3ª Sessão Legislativa Ordinária, da 52ª legislatura, em 11 de agosto de 2005, Substitutivo ao Projeto de Lei 5003/06, p.38761. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD12AGO2005.pdf#>. Acesso em: 7 abr. 2022

Câmara dos Deputados. **Ficha de tramitação do Projeto de Lei nº 3770 de 2004**, Autor deputado Eduardo Valverde, proposto em 09 de junho de 2004. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257757>. Acesso em: 08 abr. 2022 29

Câmara dos Deputados. **Ficha de tramitação do Projeto de Lei nº 5003 de 2001**, Autora deputada Iara Bernardi, proposto em 07 de agosto de 2001. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>. Acesso em: 6 abr. 2022

Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5003 de 2001**, Autora deputada Iara Bernardi, proposto em 07 de agosto de 2001. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>. Acesso em: 4 abr. 2022

Câmara dos Deputados. **Requerimento 55/2003**, Deputado Bonifácio de Andrada, proposto em 30/10/2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>. Acesso em: 08 abr. 2022

Câmara dos Deputados [ZICA, Luciano], COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA, **Parecer de 26/04/2005**, Determina sanção às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas, p.2. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=385467&filenome=Tramitacao-PL+5003/2001. Acesso em: 09 abr. 2022

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **RIDB**, ano, v. 2, 2013.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História contextual do controle de constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira. **REVISTA QUÆSTIO IURIS**, v. 10, n. 4, p. 2521-2543, 2017.

FIGUEIREDO, C.; ARAÚJO, M. Dados incompletos afetam retrato da violência contra LGBTI+ no Brasil. **Diadorim**, Reportagem, 11 jan. 2021b. Disponível em: <https://www.adiadorim.org/post/dadosincompletos--afetam-retrato-da-viol%C3%Aancia-contra-lgbti-no-brasil>. Acesso em: 20 abr. 2022

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; DECODE. Política e fé entre os policiais militares, civis e federais do Brasil. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**: São Paulo, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/pesquisa-politica-e-fe-entre-os-policiais-militares-civis-e-federais-do-brasil-0608.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022

Inter-American Commission on Human Rights. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021 / Comissão Interamericana de Direitos Humanos. p.99. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022

LEAL, M.C.H.; MORAES, M.V. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro entre ativismo e legalismo na proteção de direitos de grupos vulneráveis: análise da decisão que criminalizou a homofobia (ADO 26). **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, v. 26, p. 378, 2021

LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Revista Direito,

Estado e Sociedade, São Paulo, n.45. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428/351>. Acesso em: 14 mai. 2022

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 101-140, 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID330266_code020915630.pdf?abstractid=330266&mirid=1. Acesso em: 16 mai. 2022

PACHECO, Dennis. Direitos trancados no armário: LGBTFobia e racismo no Brasil. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, São Paulo, ano 15, p. 79-84, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/5-direitos-trancados-no-armario-lgbtobia-e-racismo-no-brasil.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022

Senado Federal. **Diário do Senado Federal**, Ata da 195ª Sessão, não deliberativa, em 19 de dezembro de 2017, Parecer N° 46 de 2017, Relatora senadora Regina Sousa. p. 125. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=21213&download=true>. Acesso em: 16 abr. 2022

SOUSA, Viviane; ARCOVERDE, Léo. Brasil registra uma morte por homofobia a cada 23 horas, aponta entidade LGBT. **G1 e GloboNews**, São Paulo, 17/05/2019, Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/17/brasil-registra-uma-morte-por-homofobia-a-cada-23-horas-apontaentidade-lgbt.ghtml>. Acesso em: 17 abr. 2022

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51-61

Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 259/DF**, Relator Ministro Moreira Alves, julgada em 11 mar. 1991. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2906538/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-259-df>. Acesso em: 23 mai. 2022

Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF. Voto ministro Luís Roberto Barroso. Acesso em: 10 mai 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&t=2710s>

Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 534/DF**, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 26 set. 1992. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14708772/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-534-df>. Acesso em: 23 mai. 2022

Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26/DF**, Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13 jun. 2019. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf_ Acesso em: 24 abr. 2022

Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário n.º 153.771/MG**, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 20 nov. 1996. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742036/recurso-extraordinario-re-153771-mg>. Acesso em: 23 mai. 2022

Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário n.º 423.768/SP**, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 01 dez. 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14767882/recurso-extraordinario-re-586693-sp-stf>. Acesso em: 24 mai. 2022

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, SÃO PAULO, p. 37-58, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/?lang=pt#>. Acesso em 04 mai. 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006,

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Petição Inicial. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão N°26**. Protocolada em 19 de dezembro de 2013. p. 41. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5086200&prclID=4515053&ad=s#>. Acesso em: 15 abr.2022

VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. Leya. São Paulo: 2011.

YOUNG, Ernest A. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1145, 2002. Disponível em: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2526&context=faculty_scholarship