



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS

**GÊNESE E REPERCUSSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL SOB A ANÁLISE DA AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26**

ELTON CERQUEIRA E RODRIGUES

**LAVRAS-MG
2021**

ELTON CERQUEIRA E RODRIGUES

**GÊNESE E REPERCUSSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL SOB A ANÁLISE
DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº
26**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras como parte das
exigências do curso de graduação em
Direito.

Orientador: Me. Rômulo Resende Reis

**LAVRAS-MG
2021**

ELTON CERQUEIRA E RODRIGUES

**GÊNESE E REPERCUSSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL SOB A ANÁLISE
DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº
26**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras, como parte das
exigências do curso de graduação em
Direito.

Aprovado em ___/___/___

ORIENTADOR

Prof. Me. Rômulo Resende Reis/Unilavras

MEMBRO DA BANCA

Prof. Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira/Unilavras

**LAVRAS-MG
2021**

*À Deus
Aos meus pais Emidio e Ivanildes
Aos meus irmãos E. Victória e Emidio Júnior
À minha companheira Renata*

AGRADECIMENTOS

Nelson Rodrigues dizia que a felicidade reside no supérfluo. De fato, ninguém é feliz apenas com aquilo que é estritamente necessário para sobreviver. Não obstante, ousou complementar o renomado escritor: a felicidade estará comprometida caso não haja o essencial, ainda que estejamos abastados de coisas supérfluas.

Dito isto, afirmo que, pessoalmente, há duas coisas que julgo serem primordiais para a felicidade: Deus e a Família – tanto a que construímos através do sangue tanto quanto a que ganhamos pela afinidade através da nossa jornada. Assim sendo, devo, primordialmente, agradecer à Deus. Sem Ele, a vida seria demasiadamente pesada e sem sentido. Uma vida sem Transcendentalidade seria insuportável.

Também devo agradecer à minha família. G.K Chesterton afirmava que nada é tão extraordinário quanto um homem comum, uma mulher comum e seus filhos comuns. Por isso, só tenho que agradecer por ter uma família, não perfeita, mas unida e que sabe o seu propósito. Agradeço aos meus irmãos por me ensinarem a ser um irmão melhor e mais paciente, por me mostrarem que cada pessoa possui suas individualidades e que o afago, às vezes, é mais receptivo que a reprimenda. Agradeço à Elin por ter me introduzido na Vida Intelectual e por ter me ensinado a nunca evitar a dúvida. Esse agradecimento, em especial, deve ser dirigido à minha Mãe, Ivanildes, que sempre nutriu seu amor por mim de maneira incondicional e nunca negou seu apoio nos momentos em que eu mais precisava. Além de ter me ensinado como ser um Filho e um Homem. Devo tudo a ela.

À minha namorada Renata, o meu eterno agradecimento por ser minha guia e bússola. Pelo companheirismo e pelo suporte. Por me ajudar a amadurecer e tolerar as minhas falhas. Obrigado pelo Amor e por livrar-me de mim mesmo.

Por fim, agradeço ao Corpo Docente do UNILAVRAS. Obrigado por desempenharem o papel mais nobre em nossa sociedade: compartilhar o saber. Em especial, meu agradecimento deve ser direcionado ao meu Orientador, professor Rômulo, que sempre demonstrou entusiasmo para debater ideias e me aconselhou a nunca estar satisfeito com aquilo já aprendido ou ficar limitado à uma ideologia. Obrigado por contribuir para a realização desse trabalho.

“O segredo da existência humana reside não só em viver, mas também em saber para que se vive”.

Fiódor Dostoiévski
(1821 – 1881)

RESUMO

Introdução: O trabalho proposto apresenta um estudo sobre o Ativismo Judicial, sob a ótica da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) Nº 26 que tipificou a Homofobia como Racismo. **Objetivo:** Utilizar a ADO Nº 26 como parâmetro para analisar a gênese e repercussão do Ativismo Judicial. Além de contrapor a respectiva Ação perante a matriz principiológica do Direito Constitucional Penal. **Metodologia:** A pesquisa detém caráter bibliográfico, e foi confeccionada e embasada em fontes diretas e indiretas do Direito, como a Constituição Federal, Código Penal, princípios, doutrinas e jurisprudências. **Conclusão:** O respectivo trabalho e o seu andamento nos possibilitaram concluir que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADO Nº 26 contraria os princípios constitucionais, especificamente: a legalidade, especificidade e a intervenção mínima. Ademais, concluímos que a gênese do Ativismo Judicial se dá no Neoconstitucionalismo e a sua execução põe em xeque o Estado Democrático de Direito ao comprometer o equilíbrio entre as três funções da República.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Neoconstitucionalismo; Princípios Constitucionais; Panprincipiologismo.

LISTA DE SIGLAS

ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ART	Artigo
Apud	Citado por
CF/88	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
MI	Mandado de Injunção
Nº	Número
p.	Página
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
v.	Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 REVISÃO DA LITERATURA	13
2.1 ATIVISMO JUDICIAL	13
2.1.1 Gênese e o Neoconstitucionalismo Desequilibrante.....	13
2.1.2 Análise Conceitual	16
2.1.3. A Contradição entre Ativismo Judicial e a manutenção do Estado Democrático de Direito	20
2.2. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL	22
2.2.1 Princípio da Legalidade	22
2.2.2 Princípio da Especificidade.....	25
2.2.3 Princípio da Intervenção Mínima	27
2.3 A (PERVERSA) DISCRICIONARIEDADE DO PODER JUDICIÁRIO. 28	
2.3.1 A linha tênue entre analogia e interpretação analógica	28
2.3.2 Panprincipiologismo e a discricionariedade do julgador	30
2.3.3 O julgador como legislador positivo e negativo na seara penal	32
2.4 VIAS ALTERNATIVAS AO ATIVISMO JUDICIAL	33
2.4.1 Superação do Neoconstitucionalismo.....	34
2.4.2 Fim da indicação política para ingresso nos Tribunais Superiores..	35
2.4.3 O Princípio da Soberania Parlamentar.....	37
3 CONSIDERAÇÕES GERAIS	39
4 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS.....	45

1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é uma das grandes questões do ordenamento jurídico pátrio nos tempos hodiernos. Em face do imobilismo dos demais poderes, o Poder Judiciário cria direitos com o escopo de alcançar os fins constitucionais (BARROSO, 2020). Um marco notório desta atividade foi a equiparação da homofobia ao crime de racismo pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) Nº 26 e o Mandado de Injunção (MI) Nº 4733.

É sabido que a proteção conferida a minorias consagra o princípio da isonomia e está em consonância com os valores constitucionais. Ocorre que, em um aspecto formal, é deveras questionável a atitude perpetrada pelo STF no sentido de que a criminalização da homofobia por uma atitude proativa do Poder Judiciário – sem que haja legislação penal para tal fato – ocasionaria violações a diversos preceitos constitucionais. O presente trabalho irá esclarecer que o episódico ato do STF, não somente viola alguns princípios constitucionais, como também contraria a própria separação de poderes. Sendo assim, a contradição do ativismo judicial estaria lançada e dever-se-á questionar: A proatividade do Poder Judiciário em atender fins constitucionais poderia pôr em xeque a própria Constituição?

No caso em tela, pretende-se averiguar a inconstitucionalidade da decisão do STF na ADO Nº 26 cuja base está no art. 5º, XXXIX da CF/88 e contrapor a aludida decisão em face dos princípios do Direito Penal consagrados no Ordenamento Jurídico Pátrio. Para realizar tal feito, o cerne da análise estará no texto legal retrocitado cuja redação é idêntica ao art. 1º do CP. Em conjunto com a respectiva análise, deve-se averiguar a origem do Ativismo Judicial e suas consequências no cenário político e social no nosso país, estabelecer limites ao ativismo judicial e esclarecer o conteúdo fático que ensejou a ADO Nº 26.

O desenvolvimento da presente pesquisa se justifica para esclarecer à sociedade civil como o ativismo judicial cria direitos e, conseqüentemente, deveres. O corpo social necessita estar esclarecido sobre o protagonismo judiciário já que é o povo que será o depositário desses direitos e deveres e, desta feita, poderá exercer o processo político de maneira mais democrática por ter ciência dos novos episódios

ideológicos e políticos que cercam o cenário atual. Ademais, ao texto constitucional dever-se-á dar primazia pois, caso contrário, o próprio Estado Democrático de Direito restaria prejudicado.

Primordialmente, a pesquisa depreenderá esforços para conhecer a gênese do Ativismo Judicial, sob a ótica do Neoconstitucionalismo e, conseqüentemente, do protagonismo do Poder Judiciário em relação aos demais poderes (STRECK, 2013). Nessa esteira, observar-se-á que uma atitude proativa do Poder Judiciário só é possível pelo neoconstitucionalismo e não necessariamente por uma lacuna deixada pelo Poder Legislativo ou Executivo. Posteriormente, analisar-se-á o conceito de Ativismo Judicial e será incentivado a problematização entre o ativismo judicial e o Estado Democrático de Direito.

Exaurido a origem e conceito do tema proposto, será objeto da análise a matriz principiológica do Direito Penal Constitucional, ao perpassar, individualmente, sobre o princípio da Legalidade, Especificidade e Intervenção Mínima. Será explicado o conteúdo de cada princípio e, por fim, será investigado se a ADO Nº 26 respeitou o respectivo conteúdo principiológico.

Com o prosseguir da pesquisa, será esclarecido como o protagonismo do Poder Judiciário pode ser nocivo para o próprio ordenamento jurídico e para a sociedade civil. Deve-se apontar que o papel protagonizado pelo Poder Judiciário possui um lado benigno assim como um lado maléfico (ou perverso). No final, será contrabalanceado os resultados para que possamos concluir sobre a sua viabilidade.

Por derradeiro, com o intuito de uma pesquisa propositiva, devemos apresentar soluções ao ativismo judicial. Destarte, iremos propor caminhos alternativos que podem viabilizar o papel desempenhado pelo Poder Judiciário sem comprometer a Carta Magna.

Em suma, nos contornos do objeto do presente trabalho, deve-se observar as conseqüências trazidas pelo ativismo judicial, sob a ótica do episódio mais notório da sua manifestação: a ADO Nº 26 traçar os limites constitucionais que, eventualmente, a respectiva decisão possa ter ultrapassado. Findo a pesquisa, concluir-se-á acerca dos esclarecimentos desenvolvidos no trabalho e propor soluções alternativas ao problema

já apontado cujo fundamento será encontrado na análise das referências bibliográficas elencadas.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 ATIVISMO JUDICIAL

2.1.1 Gênese e o Neoconstitucionalismo Desequilibrante

O entendimento da gênese do Ativismo Judicial pressupõe um conhecimento acerca de alguns elementos conceituais do Estado Moderno. Dessarte, antes de adentrar no cerne da questão, deve-se observar o núcleo identificador do Estado Moderno. Reale (2002) aduz que o Estado Moderno organiza uma nação em uma unidade de poder e detém, por excelência, a sanção organizada e garantida. Pode-se perceber que este conceito de Estado se fundamenta nas ideias de tripartição dos poderes e império da lei. O Pensador Barão de Montesquieu foi o idealizador da tripartição dos poderes. A ideia de Montesquieu (1869, p. 142, apud MELLO, 2009, p. 31) foi baseada nos seguintes termos:

É uma experiência jurídica eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder. (...). Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se ele estivesse confundido com o poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador.

Observa-se que a tripartição dos poderes é condição *sine qua non* para a solidificação do Estado Moderno. Sendo assim, a separação dos poderes é objeto constitucional, sendo garantido pela mesma pois promove a fixação das competências dos órgãos do Estado e os controles recíprocos entre os aludidos órgãos (BRANCO; MENDES, 2020).

Observa-se que os Estados pré-modernos não possuíam uma Constituição já que não detinham uma organização clara do funcionamento do aparato estatal (NEVES, 1994). Dessarte, o Constitucionalismo surge juntamente com o Estado Moderno. Nesse diapasão, Marcelo Neves (1994, p. 58) afirma:

A Constituição será definida nos termos do chamado “constitucionalismo, que se impôs principalmente com as revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, correspondendo, portanto, ao ideal constitucional do Estado burguês de Direito. Aqui o conceito de constituição está relacionado com o de Estado Constitucional. (...). O problema da constituição é limitado, então, à sua dimensão axiológica: nessa orientação seria Constituição “verdadeira” apenas aquela que correspondesse a um determinado padrão valorativo ideal.

O Constitucionalismo foi superado em meados do Século XX, após a Segunda Guerra Mundial devido o surgimento do Neoconstitucionalismo cuja origem, no Brasil, se deu com a promulgação da Constituição de 1988 (BARROSO, 2006). Segundo Barroso (2020), o neoconstitucionalismo passa por um “sentimento constitucional”, em que a Constituição deixa a desimportância para ir ao ápice do ordenamento jurídico. Em seguida, o referido autor enumera três mudanças que vieram com o novo direito constitucional:

O reconhecimento da força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata, transformando-se em fundamentos rotineiros das postulações de direitos e da argumentação jurídica. O segundo foi a expansão da jurisdição constitucional. (...). No Brasil, em particular, materializou-se ele na atribuição do direito de propositura de ações constitucionais diretas a um longo elenco de órgãos e entidades, o que permitiu que fossem levadas ao Supremo Tribunal Federal algumas das grandes questões do debate político, social e moral contemporâneo (grifo nosso). A terceira grande transformação teórica se verificou no âmbito da hermenêutica jurídica, com o surgimento de um conjunto de ideias identificadas como nova interpretação constitucional (BARROSO, 2020, p. 417).

Destaca-se que, no Neoconstitucionalismo, compete ao Poder Judiciário decidir sobre a constitucionalidade da legislação constitucional e infraconstitucional. Reale (2002, p. 343) apontava que “é graças, sobretudo, à competência atribuída ao Poder Judiciário, que pode ser decretada a inconstitucionalidade de um ato normativo do Próprio Estado”. Ora, é sabido que a Constituição é o suprassumo do Ordenamento Jurídico e é obrigatoriamente observada por todos os Poderes da República. Dessarte, o Poder Judiciário passa a ter um intenso protagonismo. Nesse sentido, Beatty (2014, p. 3) explica:

A fé que tanta gente depositou no Judiciário é uma das características que definem a nossa época. Num período de intensa globalização, a responsabilização dos juízes pela verificação da legitimidade das leis aprovadas em nome do povo, à luz dos preceitos e princípios engastados – de maneira mais ou menos explícita – num texto constitucional vicejou como nunca.

Como já foi dito, a Jurisdição Constitucional realizada pelo Poder Judiciário, no Neoconstitucionalismo, possibilita o Ativismo Judicial na medida que os juízes podem atuar como legisladores ativos e negativos: podem criar súmulas vinculares ou declarar a inconstitucionalidades de diversos dispositivos legais, por exemplo.

O neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial, que à diferença do fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é, na insuficiência dos demais Poderes de Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente (STRECK, 2011, p. 22-23).

Isto posto, o Poder Judiciário possui um papel preponderante, como Guardião da Constituição, já que pode controlar os atos do Poder Legislativo e Executivo em nome da Proteção à Constituição.

Em tese, o Poder Judiciário, como legislador positivo, possui limites bem estabelecidos pois a lei, *stricto sensu*, só poderá ser editada pelo povo, através dos seus representantes eleitos. A feitura de uma Lei através do Poder Judiciário feriria a própria Democracia já que os magistrados não são eleitos pelo Povo. Nessa esteira, Kant (2014, p. 128) aduz:

O Poder Legislativo somente pode caber à vontade unificada do povo. Pois, uma vez que deve proceder dele todo direito, não deve ele por sua lei poder ser injusto simplesmente com ninguém. Ora, se alguém decide algo em relação a um outro, sempre é possível que assim ele seja injusto com ele, mas nunca naquilo que ele decide acerca de si mesmo. Assim, somente a vontade concordante e unificada de todos, na medida em que cada um decide o mesmo sobre todos e todos sobre um, portanto apenas a vontade universalmente unificada do povo é legisladora.

Apesar do pensamento de Kant não estar integralmente correto a respeito daquilo que seria justo, o seu apontamento e conclusão sobre o papel legislador é certa. Observa-se que apenas a vontade do povo possui papel legislador.

Outro ponto crucial do Neoconstitucionalismo é a discricionariedade do julgador. Ao dar força normativa a diversos princípios constitucionais, estes não possuem uma definição específica como as regras (BARROSO, 2006), o que resulta em uma discricionariedade ao julgador. Por não possuírem um conteúdo específico, é comum a colisão de normas constitucionais que necessitará da ponderação para solucionar o problema (BARROSO, 2006). Ocorre que o sopesamento de princípios e a consequente discricionariedade do julgador se transformam em arbitrariedade interpretativa (STRECK, 2011), o que impossibilita a correta fundamentação e justificação de uma decisão baseada em princípios concretos e congruentes com a história do direito. Ora, se o juiz não cumpre o seu papel em prover uma resposta jurídica correta, a sua função no Estado Democrático de Direito e o próprio Estado restam prejudicados. Veja-se a crítica de Streck (2012, p. 17):

Afastei-me do neoconstitucionalismo porque ele aposta em elementos não democráticos, como a ponderação e a discricionariedade judicial. Ou seja, a grande pergunta não é respondida pelas teses neoconstitucionalistas: quem controla ou diz por último o que a lei (ou a Constituição) é? A pergunta que acrescento é anterior: no caso da ponderação, quem escolhe os princípios a serem ponderados? E quais os pesos a serem conferidos a cada um dos princípios para a construção da regra de ponderação?

As questões trazidas por Streck são lacunas presentes no neoconstitucionalismo que são, obrigatoriamente, preenchidas pela atuação proativa do Poder Judiciário. Barroso (2020) afirma que o ativismo judicial se faz necessário quando há uma omissão, uma lacuna deixada pelo Poder Executivo ou Legislativo. Lacuna essa que cabe ao Poder Judiciário preencher e exercer atos proativos na defesa da Constituição. Com a devida vênia, a opinião do renomado Ministro é questionável pois essas lacunas podem ser fruto, não da (falta de) vontade dos demais poderes, mas uma manifestação sintomática do Neoconstitucionalismo.

2.1.2 Análise conceitual do ativismo judicial

O Ativismo Judicial é um fenômeno hodierno e, portanto, não apresenta um conceito ainda solidificado na doutrina ou nos tribunais. Alguns autores destacam um aspecto positivo de tal fenômeno, enquanto que outros intelectuais divergem e

destacam o aspecto negativo deste protagonismo judicial. Cabe delimitar o conceito da matéria supracitada para que sua própria análise seja mais acertada.

A conceituação do ativismo judicial é ainda mais difícil quando a mesma é confundida com a judicialização da política. Streck, Tassinari, Lepper (2015, p. 56) buscam estabelecer as disposições primordiais para diferenciar esses fenômenos:

é sabido que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário. É, portanto, por esse caminho que podem ser fixados os primeiros pontos, visando demonstrar as diferenças entre os dois temas em questão. Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade — característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.

Observa-se que a judicialização está atrelada ao aspecto sociológico do tecido social, a sua atividade escapa do Poder Judiciário e, portanto, não depende exclusivamente do protagonismo judicial para sua execução. Enquanto que o Ativismo Judicial é um problema que emana do Poder Judiciário e apenas deste. O ativismo necessita da voluntariedade do julgador e pode ser conceituada como a supremacia do Poder Judiciário, com atribuições que a Constituição não lhes imbuíu (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015). Percebe-se que o conceito retro apresentado denota uma contrariedade ao ativismo judicial. Por outro lado, há juristas que defendem o ativismo judicial como Barroso (2011, p. 25):

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

O texto destacado apresenta um otimismo acerca do ativismo judicial, poder-se-ia dizer até mesmo que este conceito é ingênuo. O problema presente no conceito elaborado por Barroso é que não é possível limitar a atuação dos julgadores em uma democracia. É implícito neste conceito que o Poder Judiciário detém uma superioridade em face dos outros poderes. Por que competiria ao Poder Judiciário concretizar fins constitucionais? E se o próprio Poder Judiciário se corrompesse e desvirtuasse dos objetivos legítimos que são norteados pela Carta Magna? Deve-se atentar que, assim como os Poderes Legislativo e Executivo são passíveis de corrupção e desvirtuação, o Poder Judiciário também possui a mesma vulnerabilidade. Ocorre que o Neoconstitucionalismo apontou o Poder Judiciário como o Guardião da Constituição e o detentor da vigilância dos demais poderes. Todavia, deve-se questionar quem guardará a Carta Magna dos Guardiões da Constituição.

Há autores que não possuem uma visão tão romantizada sobre o Ativismo Judicial:

Ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ou texto (ABBOUD; MENDES, 2019, p.4).

Infere-se do conceito apresentado que o Ativismo Judicial incrementa a discricionariedade do juiz e não mitiga a vinculação do juiz ao ordenamento jurídico vigente. Ao considerar tal conceito, há um ponto a ser destacado: não existe bom ou mal ativismo judicial. O Ativismo não depende de ideologias (ABBOUD; MENDES, 2019). Portanto, não há como concordar quando é dito que o ativismo judicial, em seu sentido positivo, age em busca da garantia de direitos constitucionais e da primazia da CF/88 em face da omissão legislativa ou administrativa (TEIXEIRA, 2012).

Como foi dito e demonstrado que o Ativismo Judicial detém um conceito multifacetado e, portanto, apresenta diversas modalidades ou aplicações. É devido apresentar alguns elementos que, independentemente de valoração, são considerados principais na esfera conceitual.

O primeiro desses elementos seria a capacidade de invalidar ou afastar a aplicabilidade de atos oriundos de outros poderes (TEIXEIRA, 2012). Nesse sentido, a decisão judicial poderia mitigar ou tornar inaplicável ato derivado do Poder Executivo ou

Legislativo. Vale destacar que o Ativismo Judicial e o Controle Judicial não se confundem: naquele as decisões são fundamentadas em argumentos políticos, enquanto que nessa, a fundamentação se faz presente no controle de legitimidade constitucional ou por força legal (TEIXEIRA, 2012).

O segundo elemento seria a inaplicabilidade dos precedentes do Poder Judiciário. É sabido que os precedentes possuem um papel mais pronunciado em países que adotam o *Common Law*. Todavia, no Brasil, os precedentes também são importantes pois conseguem prover segurança jurídica. Um julgador ativista, para atingir finalidades políticas, pode deixar de aplicar precedentes verticais ou horizontais (TEIXEIRA, 2012).

A atuação como legislador é, entre as principais modalidades de ativismo judicial, a mais importante devido ao objeto de estudo do presente trabalho. O Poder Judiciário possui legitimidade para atuar como legislador negativo. No entanto, em raras ocasiões pode atuar como legislador positivo:

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa conforme a lei (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1501).

Posto isto, a atuação legislativa positiva por parte do Poder Judiciário, quando empregada de maneira contumaz e discricionária, viola as finalidades constitucionais pois tal função é atípica ao Poder Judiciário e compromete a engenharia constitucional entre os três poderes (MENDES; ABBOUD, 2019).

Teixeira (2012) aponta a utilização de técnicas hermenêuticas consagradas pela doutrina como outro elemento de ativismo judicial. É sabido que há inúmeras técnicas de interpretação constitucional. Essa grande variedade incrementa a discricionariedade do julgador pois mitiga a vinculação da decisão do juiz ao texto legal e abre espaço para “interpretações criativas”.

Por derradeiro, a mais nociva aplicação do Ativismo Judicial está nos julgamentos predeterminados (TEIXEIRA, 2012). Nesse caso, o julgador atenderá a um fim específico mesmo que tenha que agir contra o Ordenamento Jurídico. O juiz, no

primórdio do processo, já se dirige a uma decisão e busca recortes no Ordenamento Jurídico para fundamentar uma decisão já preconcebida.

2.1.3 A contradição entre Ativismo Judicial e Estado Democrático de Direito

É sabido que o ativismo judicial apresenta uma enorme divergência conceitual. Destarte, há aqueles que defendam o Ativismo Judicial para a concretização das garantias constitucionais; e há autores que condenam o ativismo judicial por possibilitar que o Poder Judiciário subverta o *rule of law*, por se tornar um “super legislador” que só pode ser controlado por si próprio (MORAES, 2020).

O Estado Democrático de Direito seria a busca de vínculo entre a Democracia e o Estado de Direito (NOVELINO, 2014). A junção desses dois elementos é condição *sine qua non* para a consecução do Garantismo Constitucional:

Estado de direito e direitos fundamentais sem democracia não encontram nenhuma garantia de realização, pois todo modelo de exclusão política põe em xeque os princípios jurídicos da legalidade e da igualdade, inerentes, respectivamente, ao Estado de direito e aos direitos fundamentais. Por seu turno, a democracia sem Estado de direito e direitos fundamentais descaracteriza-se como ditadura da maioria. Essas são as dimensões da complementariedade (NEVES, p. 57, apud NOVELINO, 2017, p. 74).

Para evitar uma eventual ditadura da maioria, o Supremo Tribunal Federal exerce o papel de tribunal contramajoritário (BARROSO, 2018) pois há princípios que vinculam a legislação:

Se as normas formais da Constituição – aquelas que disciplinam a organização dos poderes públicos – garantem a dimensão formal da democracia política, que tem relação com o “quem” e o “como” das decisões, suas normas substantivas – as que estabelecem os princípios e os direitos fundamentais – garantem o que se pode chamar de dimensão material da “democracia substancial”, uma vez que se refere ao conteúdo que não pode ser decidido e ao que deve ser decidido por qualquer maioria, obrigando a legislação, sob pena de invalidade, a respeitar os direitos fundamentais e aos demais princípios axiológicos por ela estabelecidos (STRECK, p. 46, apud NOVELINO, 2017, p. 74).

Moraes (2020) advoga pelo ativismo judicial pelo fato de que o Poder Judiciário não pode ser omissivo quando os Direitos Constitucionais estão em risco. Sendo assim, um pragmatismo jurídico puro prejudicaria o Estado Democrático de Direito. No entanto,

o ato ativista se contradiz quando viola preceitos constitucionais com o intuito de proteger outros. Ora, veja-se a ADO Nº 26: com o intuito de proteger uma minoria (objetivo extremamente válido e exercendo o papel de tribunal contramajoritário), o STF violou diversos princípios penais consagrados na Constituição, e, portanto, acabou por comprometer o Estado Democrático de Direito. Moraes (2020) já apontou que o Poder Judiciário só pode ser controlado por ele mesmo e isso inviabiliza qualquer mecanismo de contenção caso o Judiciário não observe os princípios constitucionais. Beatty (2014) afirmava que, ao decorrer da história, a ciência jurídica estava preocupada em criar meios para que os princípios constitucionais fossem vinculados à atividade dos Poderes Executivo e Legislativo. No entanto, tal preocupação não foi – tanto quanto – direcionada ao Poder Judiciário. Nessa esteira, Beatty (2014, p. 8) demonstra como a hermenêutica jurídica (em crise) poderia comprometer o Estado de Direito:

Se a tarefa do juiz é delimitar as fronteiras da elaboração legítima das leis com base naquilo que ele próprio considera justo e certo, não pode haver nenhuma razão pela qual uma decisão judicial deva “suplantar” o juízo das pessoas e de seus representantes eleitos. Se os limites da elaboração legítima das leis são apenas uma questão de opinião pessoal, as maiorias podem alegar uma autoridade moral decorrente da soberania popular, autoridade essa de que carecem os juízes e as minorias. Para conciliar a prática do controle judicial de constitucionalidade com a soberania do povo para governar a si mesmo, é preciso demonstrar que não é com base em suas opiniões pessoais sobre o certo e o errado que os juízes resolvem conflitos e julgam o modo que os governantes exercem os poderes do Estado.

Na ADO Nº 26, o voto de Gilmar Mendes (2019) foi assaz interessante já que dedicou um tópico exclusivamente para tratar de ativismo judicial. O ministro apontou que, nos papéis clássicos exercidos pelos três Poderes, o Judiciário seria o mais tímido, aquele que permaneceu inerte perante a hipertrofia dos demais poderes:

A dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviantesco administrador (CAPELLETTI, p. 46-47, apud MENDES, 2019, p. 27).

Vale fazer algumas ressalvas. O inchaço do aparato estatal, em decorrência da hipertrofia dos Poderes Executivo e Legislativo, não pode ser visto como legitimidade para aumentar o papel do Poder Judiciário. O aumento do aparato estatal pode coibir a liberdade e os direitos individuais. Seria mais prudente que o Poder Judiciário freasse o aumento da atuação dos demais Poderes. Ademais, quando elevado ao mesmo nível dos demais, o Poder Judiciário não se torna apenas um “terceiro gigante”, mas sim, o maior gigante. Como já foi falado, o Judiciário controla os demais Poderes hipertrofiados e só pode ser controlado por ele mesmo.

A engenharia do Estado Democrático de Direito pressupõe que a Suprema Corte seja a responsável pela observância dos direitos e garantias fundamentais e que, em caso de violação pelos demais Poderes, possam exercer o legítimo controle.

Nenhum dos Poderes da República pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios, ou a manipulação hermenêuticas, ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência política, de pragmatismo institucional ou de inadmissível preconceito social, eis que a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de incondicional respeito, sob pena de juízes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado Democrático de Direito em uma palavra vã e em um sonho frustrado pela prática autoritária (e abusiva) do poder, seja por ação, seja por omissão (MELLO, 2019, p. 150).

No entanto, o ativismo judicial, em suas diversas modalidades que já foram esclarecidas anteriormente, compromete o Estado Democrático de Direito por desequilibrar o Tripartição dos Poderes, prejudicar princípios constitucionais sob a ressalva de dar solidificação à outras finalidades constitucionais mediante uma discricionariedade ilimitada do julgador. Ora, a contradição entre Ativismo Judicial e Estado Democrático de Direito não poderia ser mais evidente.

2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL PENAL

2.2.1 Princípio da Legalidade

A Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988). Assim sendo, o aludido princípio limita a atuação do Poder Público na seara penal por comprometer um dos bens mais valiosos do indivíduo: a

liberdade. Portanto, o ativismo judicial que possa inchar a legislação penal e utilizar o Direito Penal para resolver qualquer problema na sociedade é um atentado à dignidade da pessoa humana:

Em um Estado Democrático de Direito que tenha como base a dignidade da pessoa humana e o propósito de propiciar o bem da comunidade, não é possível privar a liberdade do indivíduo por conta de escolhas aleatórias, irracionais ou puramente ideológicas, tampouco de afogadilho, ante o surgimento de “novas situações” emanadas da complexidade social do nosso tempo (LIMA, 2012, p. 35).

Observa-se que o Direito Penal não pode ser alvo de atos ativistas do provenientes do Poder Judiciário em razão dos Princípios Constitucionais Penais que amarram a atuação do Poder Público e impedir que os Poderes da República sejam movidos a opiniões pessoais para modificar a Legislação Penal.

O princípio da reserva legal se divide em legalidade e anterioridade. O princípio da legalidade é salutar para a manutenção do Estado de Direito. Nesse sentido, Bonavides (2000, p. 141) afirmava:

O princípio de legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade e, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

Destarte, o princípio da legalidade é vital para proteger o cidadão da discricionariedade do Estado. Tal princípio está disposto no art. 5º, inciso XXXIX da Lei Suprema: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988, art. 5º). O art. 1º do Código Penal também possui um teor similar (BRASIL, 1940). Conforme preleciona Greco (2017), a Lei, em *stricto sensu*, é a única fonte do Direito Penal no momento em que o Estado quer tornar defeso as condutas que violam os bens jurídicos mais caros pela sociedade, sob pena de sanção. Vale ressaltar algumas funções do princípio da legalidade que não foram observadas no julgamento da ADO 26: proibição da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar

as penas e proibição das incriminações vagas e imprecisas (GRECO, 2017). Sobre esse aspecto, Lima (2012, p.104) aduz:

O juiz não pode prescindir do princípio da legalidade penal em nome das boas intenções, para, baseado na ordem de valores produzidos no texto da Constituição, criminalizar fatos que, embora não tipificados legalmente pelo legislador, sejam “substancialmente criminosos”. Sob que perspectiva deve-se encarar esses fatos, à luz de que justiça e interpretação? Ora, se já existem imprecisões assente o princípio, o que dizer se retirado esse norte? O componente ideológico vai sempre existir na feitura de qualquer lei e, por certo, vingaria mais facilmente se fosse possível maior abertura, afinal, é melhor que o legislador ordinário e o juiz, auxiliados pelo trabalho doutrinário, exerçam um controle recíproco para revelar os valores constitucionais.

A criação de um novo tipo penal pelo Poder Judiciário, além de violar o princípio da reserva legal, viola a própria tripartição dos poderes. É sabido que o Poder Legislativo é o único competente para criar novos tipos penais, o que cabe ao Poder Judiciário é apenas interpretar as leis penais. Não é admissível que aquele que legisla sobre os tipos penais, deva ser o mesmo que realiza o seu julgamento. Nessa esteira, se faz presente o entendimento de Queiroz (2001, p. 23, apud GRECO, 2017, p. 177):

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

Na ADO Nº 26, um dos pontos mais controvertidos seria a possível violação ao princípio da reserva legal no caso da equiparação da Homofobia ao Crime de Racismo, previsto na Lei nº 7.716/89. O Ministro Alexandre de Moraes (BRASIL, 2019) condenou a criação de um novo tipo penal por parte do Poder Judiciário; no entanto, no caso em questão, afirmou que não se tratava de um novo tipo penal, mas sim, de um caso de hermenêutica: seria necessário interpretar a Lei nº 7.716/89 conforme a Constituição.

No MI nº 4.733/33, Fachin (BRASIL, 2019) apontou que a criação de novo tipo penal é permitida caso pois a omissão jurisdicional violaria a Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Isonomia em razão da falta de proteção governamental para a minoria LGBT. Mendes (BRASIL, 2019) advogou que a falta de tipo penal específico

para a homofobia não pode ser obstáculo para a solidificação dos direitos básicos das minorias LGBT.

Lewandowski (BRASIL, 2019), em posição divergente, afirmou que a extensão da área de atuação da Lei nº 7.716/89 para abranger as condutas homofóbicas violaria o princípio da Legalidade. Foi apontado que em outros julgamentos de Mandado de Injunção, o STF legislou de maneira positiva, não obstante, tais julgamentos não tratavam de matéria penal:

Na medida em que a CF não estabelece a obrigação de criminalizar a homofobia, o deferimento do Mandado de Injunção faria com que o Judiciário legisse, substituindo os juízos políticos, morais e éticos, próprios do legislador, pelos seus. Como já referido, a CF estabelece a obrigação de criminalizar o racismo, mas a extensão do conceito de racismo para a homofobia ou transfobia é um claro exercício do que se poderia designar de panhermeneutismo, sem considerar aqui a ocorrência da absolutamente vedada analogia in malam partem. Não há abrigo constitucional para tal (SARLET et al, 2014, on-line).

Lewandowski (BRASIL, 2019) defendeu que a matéria penal se sujeita à reserva legal absoluta e interpretar extensivamente a legislação penal resultaria na violação do aludido princípio. Sendo assim, o ministro reconheceu a mora legislativa, mas votou pela não criação de novo tipo penal.

Em voto dissidente da maioria, Celso de Mello (BRASIL, 2019) apontou que o Poder Legislativo é o único atribuído para cumprir a obrigação de formular os diplomas legislativos que são indispensáveis à efetivação dos mandados de incriminação.

Nota-se que a equiparação da homofobia ao crime de racismo afronta demasiadamente o princípio da legalidade. A lei penal deve ser interpretada de maneira restrita e expandir a sua aplicação para casos em que o Poder Legislativo não exteriorizou a sua vontade, é, no mínimo, imprudente e perigoso para o Estado Democrático de Direito.

2.2.2 Princípio da Especificidade

É notório que a atuação do Poder Legislativo deve observar os preceitos consagrados na Lei Suprema. Um dos desdobramentos do preceito constitucional da Legalidade é o princípio da especificidade. O aludido princípio ordena que o Corpo

Legislativo seja o mais claro e preciso possível ao incriminar uma conduta (NUCCI, 2019). Ou seja, tal conduta não pode ser vaga ou gerar muitas incertezas pois, dessa forma, o cidadão estaria inseguro e ficaria ao critério do intérprete criminalizar a conduta ou não. Nessa esteira, Lima afirma (2012, p. 100):

A mais pretensiosa imposição do princípio é a determinação taxativa (taxatividade), que consiste na exigência, imposta ao legislador, de precisão quanto às expressões utilizadas na feitura do texto da norma (preceito primário ou tipo), proibindo-o de empregar termos vagos, ambíguos e indeterminados, com a finalidade de limitar o espaço discricionário do juiz.

Ocorre que a conduta de homofobia, por ser um termo novel e em constante discussão, ainda não detém um conceito claro e preciso. É claro que, em algumas situações, não há dúvidas quanto à tipificação, como nos casos em que um indivíduo é agredido pela sua orientação sexual. Todavia, há casos em que não há uma linha clara e a órbita penal pode acabar por tangenciar a órbita extrapenal. Essa observação é facilmente perceptível ao se questionar se a pregação de uma religião que considera a homossexualidade como pecado poderia ser encaixado na Lei de Racismo; ou se uma loja de confeitaria poderia se recusar a fazer um bolo de casamento para duas pessoas, que pertençam à comunidade LGBT, em decorrência da religião dos donos da loja.

É certo que o termo “homofobia” é um terreno pantanoso e está a deriva para receber diversas interpretações por se tratar de termo excessivamente aberto:

Termos abertos em excesso são os que contêm elementos normativos de valoração cultural, cuja interpretação tende a acarretar insegurança jurídica. Inexiste parâmetro mínimo indispensável para conferir um padrão aceitável de aplicação prática. O prejuízo torna-se evidente e grave, quando se percebe que os agentes da autoridade possuem visões desencontradas e desarmônicas em relação aos termos abertos, propiciando julgamentos rasos, feitos em mera atividade repressiva estatal, sem critério ou limite (NUCCI, 2015, p. 231)

Apesar do respectivo princípio ter tratamento constitucional, sabe-se que é de difícil execução a sua aplicação pois beira ao impossível a absoluta vedação aos termos vagos no texto legislativo (LIMA, 2012). Não obstante a impossibilidade da aplicação absoluta do princípio, deve ser observado que o termo “homofobia” ainda não possui limites muito claros e, por se tratar de um termo ainda em aberto, não deveria ser tratado em matéria penal.

Vale ressaltar que o princípio da taxatividade é tratado, pela doutrina, como um preceito dirigido ao Poder Legislativo. No entanto, é sabido que, como o STF usurpou a atuação do Poder Legislativo, é necessário que, no mínimo, a Suprema Corte brasileira observe o princípio da taxatividade. O episódio ainda é mais agravante pois, além de tomar para si função legitimamente atribuída ao Congresso Nacional, o STF não observou os princípios constitucionais dirigidos ao Corpo Legislativo na elaboração de leis para criar um novo tipo penal.

2.2.3 Princípio da Intervenção Mínima e o Direito Penal como *Extrema Ratio*

A Justiça Penal é o meio pelo qual o Estado exerce o monopólio da força em seu expoente máximo. A Legislação Penal possui o escopo de proteger os bens jurídicos mais valiosos para a sociedade. Estes bens jurídicos são tão importantes que a tutela conferida por outros ramos do direito não é suficiente para dar a devida proteção. Destarte, o Direito Penal deve ser invocado apenas no último caso, quando as outras áreas do direito não possam satisfazer a prestação jurisdicional. Isso é o *ultima ratio*, característica salutar do Direito Penal. Bitencourt (2018, p. 72) trata desse princípio da seguinte forma:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais.

Em terras brasileiras, o Direito Penal não é aplicado subsidiariamente. Muitas vezes, o Estado utiliza desse ramo jurídico como *extrema ratio*. Isto significa que o Direito Penal se torna banal quando suas normas são utilizadas para solucionar qualquer tipo de conflito e, portanto, a norma penal se apresenta como extrema para o problema que propôs solucionar (NUCCI, 2019).

Ao considerar o papel do Direito Penal e observar a ADO 26, é razoável a dúvida sobre a visão do STF sobre o Direito Penal quanto à sua aplicação. Seria realmente

necessária a criação de um novo tipo penal? Os crimes já previstos no Código Penal como os crimes contra a vida, a honra e a integridade física dos indivíduos já seriam suficientes para proteger qualquer tipo de minoria.

É possível que as legislações extrapenais (ou o texto penal já existente) pudessem satisfazer as tutelas que eram reclamadas pelo público LGBT. Aparece que o STF tomou a decisão de aplicar o Direito Penal para atender os anseios de uma minoria sem observar o que a Norma Suprema estabelece. Segundo Sarlet et al. (2014) não há qualquer previsão constitucional que estabeleça a tipificação da homofobia ou transfobia. Tal tipificação é atribuída, exclusivamente, ao legislador infraconstitucional.

2.3. O (PERVERSO) DISCRICIONARIEDADE DO PODER JUDICIÁRIO

2.3.1. A linha tênue entre analogia e a interpretação analógica

Foi discutido exaustivamente acerca do papel preponderante que é exercido pelo Poder Judiciário nos tempos hodiernos. Dessarte, esse protagonismo se origina nos malabarismos lógicos perpetrados pelos julgadores que aumentam a discricionariedade e desvinculam o juiz do texto legal. O primeiro aspecto dessa discricionariedade que está atrelada ao julgamento da ADO em estudo é a discussão sobre o reconhecimento da analogia *in malam partem* ao reconhecer a LGBTfobia como racismo.

Nesse sentido, é possível considerar que ao equiparar a conduta homofóbica ao crime de racismo, houve uma espécie de analogia já que não havia legislação penal para tal fato. Não obstante a considerável tese, a mesma não foi observada pelo STF sob o fundamento de que se tratava de uma interpretação analógica. Todavia, antes de realizar uma análise crítica sobre esse episódio, é necessário explicitar as diferenciações entre a analogia e a interpretação analógica.

A analogia é permitida no direito penal desde que seja para beneficiar o réu, sendo vedada a analogia *in malam partem*, ou seja, aquela que prejudica o réu. A analogia pode ser conceituada da seguinte forma:

Por analogia, costuma-se fazer referência a um raciocínio que permite transferir a solução prevista para determinado caso a outro não regulado expressamente pelo ordenamento jurídico, mas que comparte com o primeiro certos caracteres

essenciais ou a mesma ou suficiente razão, isto é, vinculam-se por uma matéria relevante *simili* ou a *pari* (PRADO, p. 97, apud GRECO, 2017, p. 122)

A analogia se divide em legal e jurídica. A analogia legal ocorre quando o julgador aplica uma determinada lei feita para um caso semelhante a um caso omissivo; enquanto que a analogia jurídica utiliza os princípios gerais do direito para suprir uma lacuna existente (GRECO, 2017).

Já foi dito que a analogia *in malam partem* é vedada no ordenamento jurídico pátrio. Essa observação é assaz importante ao objeto do presente trabalho pois uma das teses levantadas é que a equiparação da homofobia ao crime de racismo tratava-se de uma analogia que prejudicava o réu. Sobre essa espécie de analogia, o STJ opina:

Não cabe ao julgador aplicar uma norma, por assemelhação, em substituição a outra validamente existente, simplesmente por entender que o legislador deveria ter regulado a situação de forma diversa da que adotou; não se pode, por analogia, criar sanção que o sistema legal não haja determinado, sob pena de violação do princípio da reserva legal” (BRASIL, on-line, apud MASSON, 2017, p. 133).

O STF decidiu que a extensão do tipo penal não se tratava de uma analogia, mas sim, de uma interpretação analógica. A aludida interpretação pode ser entendida da seguinte forma:

Essa técnica — interpretação analógica —, utilizada em muitos dispositivos penais, não deixa de ser uma espécie de interpretação extensiva, conhecida como interpretação analógica, em que a própria lei determina que se amplie seu conteúdo ou alcance, e fornece critério específico para isso. A “interpretação analógica”, repetindo, é processo interpretativo, distinguindo-se, portanto, da “analogia”, que é processo integrativo e tem por objeto a aplicação de lei (BITENCOURT, 2018, p. 294).

Observa-se que a principal diferença entre a analogia e a interpretação analógica é que aquela se trata de um processo integrativo enquanto que essa corresponde a um processo interpretativo. Exaurida a diferenciação entre os aludidos processos, deve-se atentar ao julgamento cuja análise é o objeto de estudo.

Moraes (BRASIL, 2019), ao enfrentar o problema, lembra que o ordenamento jurídico condena a aplicação analógica que prejudique o réu e defende que o caso em tela não se trata de analogia, mas de um caso simples de hermenêutica. Seria apenas

interpretar o caso conforme a Constituição Federal. O renomado ministro tratou de maneira semelhante ao enfrentar a levantada violação ao princípio da legalidade.

Exaurida as explicações pertinentes, conclui-se que o comportamento do STF não coaduna com a esfera constitucional pois não se tratou de um simples exercício de hermenêutica; mas sim, de um claro exemplo de analogia, pois havia lacuna na legislação penal. Havendo lacuna, não pode haver analogia *in malam partem* pois fere o princípio da legalidade. Ademais, se fosse o caso de interpretação extensiva, ainda seria condenável o ato pois é deveras perigoso estender a órbita penal pelo potencial risco à violação do princípio da *ultima ratio*.

2.3.2 Do panprincipiologismo

O conteúdo principiológico de qualquer aparato normativo é de salutar importância. Sobre o significado dos princípios no ordenamento jurídico, Silva (2005, p. 91) aduz:

A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático.

Os princípios, então, preenchem as lacunas do ordenamento jurídico. O conteúdo principiológico ilumina os ramos do Direito e dá uma sólida base para a construção do Direito. Reale (2002, p. 304) segue esse entendimento: “princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”. Ocorre que os princípios podem sofrer uma desvirtuação que se origina nos julgadores. Muitas vezes, a arbitrariedade do Poder Judiciário pode ser alavancada quando se confunde princípios e normas. O princípio detém um substrato denso e salutar, que deve possuir uma relevância e importância perenes. Enquanto que para Streck (2009, p. 504, apud WEBBER, 2013, p. 311):

A palavra “norma” representa o produto da interpretação do texto, isto é, o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade

principiológica. Se sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na *applicatio*.

Destaca-se que as normas derivam dos princípios. Estes são imprescindíveis para as disposições normativas do Direito. Como foi dito anteriormente, normas podem ser “transformadas” em princípios quando o julgador não tem ciência sobre a extensão conceitual de um conteúdo principiológico e, conseqüentemente, incrementa a discricionariedade da decisão. Esse fenômeno é conhecido como panprincipiologismo. Observa-se, como exemplo, o voto do Ministro do STF Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 26. Melo (BRASIL, 2019) utilizou termos como “princípios de Yogyakarta”, “princípio do livre desenvolvimento da personalidade” e “princípio da busca da felicidade”. Ora, qual a carga histórica que os princípios retrocitados possuem para o ordenamento jurídico pátrio? Qual o conceito desses princípios? Os princípios do Direito perdem seu significado e corroboram para a arbitrariedade do julgador:

A percepção originária de que os princípios não possuíam densidade semântica conteve, bem ou mal, o avanço da “panprincipiologia”, mas o equívoco no diagnóstico da crise fez com que os princípios elevassem o grau de discricionariedade, decisionismo e arbitrariedade (STRECK, 2011, p. 23).

Catalogar algo como princípio no Direito demanda cautela pela razão de que a palavra “princípio” se tornaria banal e poder-se-ia inventar princípios para decidir em um sentido ou em uma posição diametralmente oposta. Veja que Streck (2009, p. 526, apud WEBBER, 2013, p. 316) explica acertadamente como os princípios devem ser aplicados:

É preciso insistir nisso: não é qualquer um e nem é qualquer coisa que pode ser princípio. Do contrário, teremos que abandonar a tese dominante de que princípios são normas. Lembremos, ademais, que o positivismo era mais sincero nesse ponto. Nele, princípios não eram deontológicos. Por isso, nessa tradição, poderia não haver limites para “criação dos princípios”. Afinal, na tradição positivista, eles eram efetivamente abstratos. (...). De tudo o que foi dito, é ainda possível – e necessário – ressaltar que não se pode partir do princípio para resolver um caso. Isso seria fazer raciocínios teleológicos. Haverá uma regra (norma em geral) apta a resolver o caso a partir de uma reconstrução principiológica (reconstrução da história institucional). Esse é o espaço e o papel dos princípios.

Vale ressaltar que não estamos buscando invalidar a importância dos princípios no âmbito do Direito, apenas é necessário alertar sobre as aplicações errôneas de tais princípios. Constata-se que a crítica é direcionada para os pseudoprincípios. Ademais, estes possuem como consequência a perda do vigor dos verdadeiros princípios do Direito. Na ADO 26, em linhas gerais, decidiram que a homofobia se equipara ao crime de racismo para todos os efeitos mesmo que não haja lei que preveja isso. Acontece que há dois princípios no Direito Penal que são pedras angulares, verdadeiros bastiões da proteção do indivíduo em face do poder punitivo do Estado que o Direito Penal confere, são eles: o princípio da reserva legal e da anterioridade.

2.3.3 O julgador como legislador positivo e negativo na seara penal

Um dos desdobramentos da perversa discricionariedade do julgador é a desvinculação do juiz ao texto legal. No caso em estudo, essa desvinculação ocasionou que o STF exercesse uma função atípica (e ilegítima) como legislador positivo na esfera penal. O advogado que peticionou a ADO nº 26 e o MI nº 4.733, Paulo Vecchiatti (2014), defendeu que o STF pode exercer função legislativa atípica na esfera penal para solidificar o princípio da dignidade da pessoa humana e para cumprir a ordem constitucional de criminalizar todo tipo de preconceito.

Ocorre que o respeitável advogado parte de um pressuposto falso que será objeto do presente tópico: o exercício de função legislativa atípica por parte do STF em matéria penal. Ainda que tenha como fundamento a preservação da ordem constitucional, a atuação como legislador positivo em matéria penal por parte do Poder Judiciário jamais deve ser considerada. Ademais, causa estranheza defender tal postura para cumprir uma ordem constitucional e, concomitantemente, desrespeitar outros preceitos constitucionais no mesmo patamar de importância.

Pode ser dito que uma ponderação de princípios há de ser feita: o princípio da legalidade deve ser mitigado para estar em conformidade com a Constituição Federal e deve perder uma absoluta e estrita reserva legal em matéria penal para cumprir a ordem de criminalização constitucional. Essa observação não pode ser passível de

concordância pois, na ponderação de princípios, nenhum princípio deve ter seu núcleo violado. Isto posto, o núcleo do princípio da legalidade teve o seu núcleo contrariado.

Quando os princípios se contrapõem em um caso concreto, há que se apurar o peso (nisto consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro. Nada impede, assim, que, em caso diverso, com outras características, o princípio antes preterido venha a prevalecer (MENDES; BRANCO, 2020, p. 74).

É sabido que nenhum princípio é absoluto, inclusive a legalidade. Destarte, sabemos que as normais penais em branco estão presentes no ordenamento jurídico pátrio (GRECO, 2017). Todavia, quando o STF legisla ativamente sobre a matéria penal, o princípio da legalidade não é ponderado com o princípio da dignidade humana (ou qualquer outro princípio que invoquem); mas sim, excluído do ordenamento jurídico e é absolutamente preterido para dar uma aparente respeitabilidade à Ordem Constitucional.

O STF, em outras ocasiões, atuou como legislador positivo: a Lei de Greve (lei 7.783/89) foi considerada aplicável aos servidores públicos por analogia:

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, enfatizo tão somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1416).

Portanto, não é vedado ao STF atuar como legislador positivo no ordenamento jurídico pois pode editar súmulas vinculantes e exercer o controle de constitucionalidade como legislador negativo. Todavia, na órbita penal, a panorama é absolutamente diferente. Não é possível considerar que o STF legisle positivamente sobre matéria penal ainda que a omissão do Poder Legislativo seja flagrante pois contraria a tripartição dos Poderes ao usurpar competência restrita ao Poder Legislativo.

2.4 VIAS ALTERNATIVAS AO ATIVISMO JUDICIAL

2.4.1 Superação do Neoconstitucionalismo

No presente trabalho foi defendido que o Neoconstitucionalismo é uma das condições que possibilitam o afloramento do ativismo judicial. Sendo assim, um dos caminhos para solucionar o ativismo seria a superação do Neoconstitucionalismo já que aparenta possuir alguns problemas inerentes.

Primordialmente, cabe analisar o conteúdo conceitual do Neoconstitucionalismo. Por se tratar de um termo relativamente novo, o seu conceito ainda não é solidificado, apresenta ambiguidades e até o próprio termo causa divergências:

Torna-se necessário afirmar que a adoção do *nomen juris* “neoconstitucionalismo” certamente é motivo de ambiguidades teóricas e até de mal entendidos. Reconheço, porém, que, em um primeiro momento, foi de importância estratégica a importação do termo e de algumas das propostas trabalhadas pelos autores da Europa Ibérica. Isto porque o Brasil ingressou tardiamente nesse “novo mundo constitucional”, fator que, aliás, é similar à realidade europeia, que, antes da segunda metade do século XX, não conhecia o conceito de constituição normativa já consideravelmente decantada no ambiente constitucional estadunidense. Portanto, falar de neoconstitucionalismo implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários – em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático em *terrae brasilis* (STRECK, 2011, p. 11-12).

É permitido afirmar que o Neoconstitucionalismo brasileiro se deu em aspectos mais nominais do que reais. O Neoconstitucionalismo pátrio está voltado para a efetivação da ordem constitucional e deposita, ao Poder Judiciário, a defesa dos valores constitucionais, o que corrobora para o seu respectivo protagonismo.

Nessa esteira, Streck (2011) advoga que não é necessário o advento do termo “neoconstitucionalismo” para explicitar um novo direito que preconiza o protagonismo judicial. O neoconstitucionalismo nada mais é do que a solidificação de um Direito produzido pelas vias democráticas e os alicerces seriam a integridade da jurisdição e uma constituição normativa e, portanto, o fenômeno jurídico deveria ser denominado de “Constitucionalismo Contemporâneo” (STRECK, 2011).

O neoconstitucionalismo se apresenta como uma superação do Positivismo Jurídico. Acontece que o principal problema encontrado pela ciência positivista do Direito (e em qualquer ciência jurídica) é o tratamento perante a discricionariedade do julgador que é inextinguível na realidade prática. O Positivismo simplesmente objetiva excluir a discricionariedade enquanto que o Neoconstitucionalismo integra a discricionariedade do julgador como um dos seus fundamentos.

Portanto, é possível afirmar que o neoconstitucionalismo não superou o positivismo pois não solucionou o principal obstáculo que o Positivismo Jurídico tentava solucionar: a discricionariedade do julgador diante das lacunas legais ou da falta de clareza do texto legal. O neoconstitucionalismo apenas “abraça” essa discricionariedade e acaba ocasionando um problema maior, que já foi exaustivamente estudado no presente trabalho: o ativismo judicial.

Portanto, como forma de superar o neoconstitucionalismo e a inerente arbitrariedade do julgador e o sopesamento de princípios que a acompanham, Streck (2011, p. 25) propõe o Constitucionalismo Contemporâneo:

Na perspectiva do Constitucionalismo Contemporâneo que defendo em Verdade e Consenso – portanto, para além das diferentes formas de positivismo -, a juridicidade não se dá nem subsuntivamente, nem dedutivamente. Ela se dá na *applicatio*, em que interpretar e aplicar não são atos possíveis de cisão.

Isto posto, o Neoconstitucionalismo não pode ser encarado como uma ciência insuperável ou infalível e a comunidade jurídica deve estar aberta ao debate acerca da superação do fenômeno jurídico em comento. Dessarte, o intuito do texto foi expor os problemas inerentes ao Neoconstitucionalismo, promover o debate dos respectivos problemas e instigar na busca por novas alternativas ao Neoconstitucionalismo.

2.4.2 Fim da indicação política para ingresso nos Tribunais Superiores

A Carta Magna, em seu art. 101, parágrafo único, aponta que os Ministros do Supremo Tribunal Federal estão escolhidos pelo Presidente da República e a escolha deverá ser aprovada pelo Senado Federal (BRASIL, 1988). Infere-se do texto

constitucional que se trata de um mecanismo de freios e contrapesos. O Poder Executivo escolhe os membros do Poder Judiciário cuja nomeação deverá ser aprovada pelo Corpo Legislativo.

Deve-se apontar que a finalidade da Constituição Federal é legítima. Ocorre que há uma desvirtuação do texto legal e as consequências são demasiadamente graves. Primordialmente, cabe destacar que, como foco do presente trabalho, foi constatado que o STF usurpou prerrogativa do Poder Legislativo, sendo que ambos Poderes possuem formas divergentes de ingresso dos seus agentes. O Congresso Nacional é escolhido mediante eleições diretas enquanto que o STF é nomeado através das escolhas do Chefe do Poder Executivo Federal.

Fica evidente o principal problema quando o STF decide agir legislar: a resistência e independência quanto ao apelo populacional. Quando um projeto de lei tramita no Congresso Nacional, há diversos instrumentos democráticos de controle. Ademais, se um parlamentar vota de maneira contrária ao pensamento da sua massa eleitoral, essas pessoas podem cobrar o respectivo representante eleito. Tudo isso não ocorre quando o STF legisla pois possui as proteções inerentes ao cargo da Magistratura (PRADO; TURNER, 2010).

A nocividade da indicação não se encerra nesse ponto. Quando o Presidente nomeia os ministros discricionariamente, ele, obviamente, optará por aqueles alinhados politicamente. Então, o Poder Executivo poderia “ultrapassar” o Poder Legislativo quando os ministros escolhidos por ele pudessem controlar ou usurpar os atos do Congresso Nacional.

Vale ressaltar que condicionar a decisão dos ministros do STF à apenas a indicação política é uma teoria deveras simplista. É óbvio que um Ministro ao julgar, levará em consideração as suas crenças morais, experiências, entre outros fatores (ARGUELHES; RIBEIRO, 2014). No entanto, a extinção da indicação política poderia ser um instrumento eficaz para mitigar o decisionismo político presente nos tribunais superiores.

Para que, de fato, seja construído um Estado de Direito, é preciso limitar as nomeações do Poder Executivo e diminuir a absoluta independência do STF:

É necessário limitar o poder de nomeação direta do chefe de governo (presidente ou primeiro-ministro) para autarquias, estatais, agências reguladoras e para outros poderes de Estado e estabelecer métodos de pré-seleção para esses órgãos baseados na meritocracia em combinação com eleições diretas para vários cargos em instituições como STF, TSE, STJ, TCU, MPF, PF, BNDES, CVM, Banco Central, entre outros (BRAGANÇA, 2017, p. 234).

Em suma, a nomeação política dos Ministros do STF e, conjuntamente, as garantias inerentes ao cargo propiciam o afloramento do ativismo judicial e tornam os membros da Suprema Corte invulneráveis aos apelos ou legítima revolta da população. Destarte, torna-se necessário a extinção das respectivas indicações, cedendo espaço para o mandato fixo ou o emprego de eleições diretas ou indiretas.

2.4.3 O princípio da Soberania Parlamentar

O STF possui uma similaridade com a Suprema Corte Americana. Ambas exercem poder político e são controladas através de instrumentos políticos, como foi explicitado anteriormente. Todavia, apesar das semelhanças com a Constituição Americana, a Inglaterra possui detém um sistema legal interessante que poderia ser parcialmente utilizado no Brasil ou, de alguma forma, servir de inspiração para alguma outra espécie de controle.

É sabido que a tradição jurídica da Inglaterra é totalmente diferente daquela proveniente do Brasil. Naquela onde há o *common law* (direito costumeiro), as soluções litigiosas advêm dos fatos e não necessariamente das normas (BARROSO, 2020). Eles possuem uma monarquia parlamentarista que, obviamente, é assaz diferente do sistema republicano e presidencialista consagrado no Brasil.

Ocorre que, na Inglaterra, não havia uma Suprema Corte até 2009 (ODILLA, 2019). Após 2009, a Suprema Corte não possuía atribuições de um tribunal constitucional, mas sim, como um tribunal de apelação (ODILLA, 2019). Essa situação interessante se dá pelo princípio da soberania parlamentar. Tal princípio é consagrado na Constituição Inglesa e significa que apenas o Parlamento pode dar a última palavra acerca da constitucionalidade da legislação infraconstitucional (HIEBERT, 2013). Todavia, essa soberania não se dá em termos absolutos. Segundo Elliot (2015), o

Human Rights Act, legislação da União Europeia, afirmou que a suprema corte do país exercerá o controle judicial quando a legislação tratar de direitos humanos. Todavia, há uma certa discussão sobre a soberania da Constituição da Inglaterra perante a União Europeia. Todavia, isso não é o objeto principal da pesquisa. O que é importante salientar é o fato de que, mediante as experiências jurídicas de outros países, é possível apresentar mecanismos para controlar o ativismo judicial e retirar o protagonismo do Poder Judiciário. De certo, no cenário do neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário possui a última palavra sobre a constitucionalidade da legislação. Porém, é cabível questionar quem salvará a Constituição Federal do STF quando essa instituição não observar a ordem constitucional. O princípio da soberania parlamentar serve para mostrar que o Congresso Nacional, que é o espaço mais democrático do Poder Público, pode exercer mais controles acerca das decisões discricionárias do STF.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Encerrado o percurso da presente pesquisa cujo principal objetivo foi analisar o alinhamento da ADO nº 26 junto a moldura constitucional e realizar a constatação de que tal episódio se tratava de ativismo judicial. A respetiva constatação se tornou possível, sobretudo, a partir do reconhecimento de que a atuação como legislador positivo na órbita penal rompia a ordem constitucional e que usurpava função legítima do Poder Legislativo. Ao ultrapassar sua esfera de atuação, o STF demonstrou que se tratava de comportamento ativista.

Primordialmente, fora traçado uma análise conceitual sobre ativismo judicial. Nessa esteira, foi provado que, por se tratar de um instituto relativamente recente no Ordenamento Jurídico, o seu conceito ainda não é solidificado. Isso acarreta no surgimento de diversos conceitos. Não obstante a diversificação conceitual, foi apresentado conceitos antagônicos e se chegou à uma síntese que afirma o ativismo judicial como uma decisão que se fundamenta nas virtudes ou crenças morais do julgador, o que desprenderia o julgador do texto legal. Foi observado que o principal problema dessa postura é pressupor a monopolização da virtude por parte do julgador.

Após a análise conceitual do problema, foi necessário contrapor o julgamento da ADO em comento perante os princípios penais consagrados na Constituição Federal. Para realizar tal tarefa, foi pré-selecionado princípios cuja violação era flagrante e pormenorizados o seu conteúdo principiológico com a consequente explicação acerca da sua violação. Destarte, foi observado que o Princípio da Legalidade fora violado pois apenas a Lei, em sentido estrito, é capaz de cominar crimes. Isso também foi chamado de princípio da estrita legalidade penal que, como foi defendido, não detém contornos absolutos; porém, o núcleo do aludido preceito constitucional não foi observado.

Como desdobramento do Princípio da Legalidade foi afirmado que houve violação ao Princípio da Especificidade já que a homofobia é um termo recente e não apresenta um consenso acerca do seu significado. Dessarte, há uma incerteza se certas condutas seriam enquadradas como homofóbicas ou não. Vale destacar que foi observado a nocividade e inequívoca classificação de certas condutas como

homofóbicas. Todavia, o cerne da questão foi demonstrar que há uma área “cinza”, pantanosa que não pode ser recepcionada pela Ordem Constitucional por afrontar o Princípio da Especificidade.

Para encerrar o estudo dos princípios penais constitucionais, foi estudado o Princípio da Intervenção Mínima e realizada a constatação de que tal princípio também teve o seu núcleo desrespeitado no julgamento da ADO nº 26. *In casu*, foi demonstrado que o Direito Penal é utilizado como *extrema ratio*, o que acarreta na banalização da esfera penal, que deveria ser tratada como o mais rígido controle social estatal. Nessa esteira, foi defendido que poderia haver, nos outros ramos do Direito, tratamentos que poderiam solucionar o objeto do julgamento.

Na parte final do estudo acerca do ativismo judicial, a pesquisa foi dirigida para tratar da discricionariedade do julgador, traço indispensável para o ativismo judicial. Primordialmente, foi tratado de uma questão fundamental na ADO nº 26, que recebeu atenção dos ministros: a interpretação analógica e a analogia *in malam partem*. Nessa esteira, foi explicado o conceito de ambos institutos jurídicos e realizada a devida diferenciação entre elas. Após a explanação, houve uma análise para enquadrar qual instituto estaria presente na ADO em comento. Destarte, houve a coleta de trechos dos votos proferidos pelos ministros do STF e a respectiva ponderação sobre os votos. Por fim, restou comprovado que se tratava de uma analogia, vedada pela Ordem Constitucional, pois havia uma lacuna no Ordenamento Jurídico.

Ainda sob o aspecto da discricionariedade, o panprincipiologismo foi o próximo objeto de pesquisa. Em primeira instância, foi trazido o conceito de panprincipiologismo, termo popularizado por Streck cujo conceito foi abordado no presente trabalho. Observou-se que o panprincipiologismo banaliza o conteúdo principiológico do mundo jurídico e procura consagrar princípios que não são tão importantes ou que não carregam uma bagagem histórica em nossa tradição jurídica. Dessarte, o julgador amplia a sua discricionariedade ao invocar qualquer princípio para fundamentar a sua decisão.

Por derradeiro, observou-se que a discricionariedade do julgador, no caso em tela, tornou-o um legislador positivo na órbita penal. Foi destacado que o STF, de maneira contumaz, legisla de maneira negativa em diversas esferas do Direito. Todavia,

havia um limite intransponível ao Poder Judiciário, fundamentado no princípio da legalidade: legislar positivamente em matéria penal. Tal limite fora obstruído em decorrência da discricionariedade do julgador. Nesse aspecto, foi ponderado a repercussão e as consequências de tal ato perpetrado pelo STF e feita as devidas considerações acerca das alegações exteriorizadas por alguns Ministros do STF que já legislaram positivamente sobre matéria alheia à legislação penal.

No último recorte da pesquisa, o presente trabalho preocupou-se em apresentar vias alternativas para mitigar e combater o ativismo judicial. Destarte, a pesquisa não tentaria apenas revelar o problema do ativismo judicial, mas, também, possuir um caráter propositivo ao apresentar soluções e novos mecanismos de controle para o Poder Judiciário. Portanto, foi apresentado mecanismos como as eleições diretas ou indiretas, o mandato fixo e um interessante princípio da soberania parlamentar.

4 CONCLUSÃO

Encerrada a presente pesquisa cujo objetivo foi direcionado para analisar a constitucionalidade do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Nº 26 e pormenorizar a gênese jurídica e repercussão do ativismo judicial no ordenamento jurídico pátrio. Dessarte, o ativismo judicial fora contrastado com a moldura constitucional e realizada a análise sob a ótica da ADO retrocitada.

Primordialmente, foi demonstrado que há diversos conceitos apresentados do que seria o ativismo judicial. Após apontar conceitos quase antagônicos, realizou-se uma síntese conceitual e foi concluído que o ativismo judicial seria uma decisão discricionária do julgador – que se desprende do texto legal – cuja fundamentação seriam as crenças e virtudes morais do julgador. Essa decisão ativista teria o intuito de realizar uma falsa solidificação do texto constitucional.

Essa falsa solidificação se dá pelo simples fato de que o ativismo judicial, em si, é inconstitucional. Não cabe julgamento de valor em um ato ativista. O ativismo é um problema que precisa ser mitigado ou extinto e, portanto, também há um recorte da pesquisa que se preocupou em apresentar mecanismo para o enfrentamento do ativismo judicial.

Após a conceituação de ativismo judicial, o julgamento da ADO nº 26 foi o objeto de estudo. Nessa esteira, os princípios do Direito Penal com tratamento constitucional foram postos em face do julgamento. Tal proposta se deu com o objetivo de constatar se a respectiva decisão estava comprometida com a ordem constitucional. Dessarte, foi observado que houve uma violação ao princípio da legalidade e outro princípio que é um resultado da estrita legalidade penal: princípio da especificidade.

Realizou-se a constatação de que apenas o Corpo Legislativo pode legislar positivamente na esfera penal e, em termos absolutos, é vedado que o Poder Judiciário crie tipos penais. Desta feita, houve clara violação ao princípio da legalidade e uma ofensa ao Estado Democrático de Direito. Quanto ao princípio da especificidade, foi observado que há certas condutas que não possuem uma clara classificação; ou seja, dependendo das crenças morais ou políticas do indivíduo, poderiam ser entendidas

como homofóbicas ou não. Portanto, há uma área “cinza” sobre o que seria uma conduta homofóbica. Sendo assim, observou-se que não foi respeitado o princípio da especificidade.

Para encerrar o estudo de matriz principiológica, foi estudado o princípio da intervenção mínima. Nessa esteira, constatou-se que o Direito Penal é utilizado como *extrema ratio*, banalizando a esfera penal. O Direito Penal é o mais poderoso controle social estatal e, portanto, não pode ser utilizado sempre que o Poder Legislativo ou Judiciário queiram adotar uma posição extremada acerca de um bem jurídico. Conclui-se que, com fundamento na possível adoção de outros mecanismos para combater a homofobia, o inchaço da legislação penal seria uma afronta ao princípio da *ultima ratio*.

Um dos fatores do ativismo judicial se passa pela discricionariedade do julgador. Desta feita, foi examinada algumas manifestações de discricionariedade e elencadas ao julgamento da ADO nº 26. A respectiva discricionariedade, primordialmente, foi analisada sob o aspecto da analogia e interpretação analógica. Esse ponto foi debatido entre os ministros do STF no julgamento em análise. Demonstrou-se que houve analogia *in malla partem* já que não se tratava de uma lacuna na legislação penal. Ademais, não poderia caber interpretação analógica pois não há indício na Lei de Racismo que permita tal manifestação.

O panprincipiologismo também incentiva a discricionariedade do julgador e, conseqüentemente, o ativismo judicial. O problema se dá no momento em que o julgador invoca pseudoprincípios que não possuem uma bagagem na tradição jurídica brasileira. Ao banalizar a matriz principiológica do ordenamento jurídico, o julgador poderá levantar qualquer princípio para fundamentar a sua decisão. Essa atividade fora constatada no julgamento em análise.

É sabido que há um limite constitucional para o Poder Judiciário: legislar positivamente sobre matéria penal. De certo, é legítimo que os tribunais legislem negativamente por meio do controle de constitucionalidade. Todavia, a discricionariedade do Poder Judiciário, ou seja, a desvinculação com o texto constitucional provou que um limite aparentemente intransponível fosse ultrapassado.

Sob a perspectiva de mudança e intuito de combater o ativismo judicial, houve a apresentação de mecanismos para controlar episódios ativistas ou, até mesmo,

promover a sua extinção. Destarte, apontou-se o emprego de eleições diretas ou indiretas para os membros dos tribunais superiores. Ainda nesse aspecto, a aplicação de mandatos fixos para os membros dos respectivos tribunais. Essa solução promoveria uma melhor sensibilidade dos ministros aos apelos populacionais e provocaria uma democratização dos tribunais superiores, caso queiram legislar positivamente. Como última solução, há o princípio da soberania parlamentar, consagrado no sistema judiciário inglês. Tal princípio consiste na atribuição do Parlamento Inglês – não da Suprema Corte – em dar a última palavra sobre a constitucionalidade da legislação infraconstitucional. Todavia, cabe fazer algumas ressalvas: tal princípio, muito provavelmente, jamais será adotado no Brasil devido a tradição jurídica totalmente divergente daquela adotada na Inglaterra. Apesar disso, é bastante interessante conhecer que, como o Congresso é o berço da democracia, ele tenha soberania para reconhecer a constitucionalidade das leis. Não cabe concluir que o Brasil deveria adotar o aludido princípio, mas sim, que é possível a adoção de melhores mecanismos do Congresso Nacional para frear o ativismo judicial.

Ao considerar o percurso abrangido na presente pesquisa e observado todo o exposto, é imperativo concluir que a decisão do STF no julgamento conjunto da ADO nº 26 e do MI nº 4.733 não se coaduna com a moldura constitucional. Ademais, restou comprovado que se trata de um episódio de ativismo judicial pois, sob o fundamento moral de proteger uma minoria – objetivo totalmente legítimo e válido -, o STF violou diversos princípios penais constitucionais, além de contrariar a tripartição dos poderes e, conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito. Portanto, a população brasileira precisa estar atenta ao ativismo judicial pois ela é depositária das conseqüências que decorrem da discricionariedade do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, G; MENDES, G.F. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 108, n. 1008, p. 43-56, 2019.

ARGULHES, D.W; RIBEIRO, L.M. A indicação política importa nas decisões do STF? **Revista Conjuntura Econômica**, São Paulo, v. 68, n. 5, p. 48-49, 2014.

BARROSO, L.R. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v.5, n. 1, p. 23-32, 2011.

BARROSO, L.R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006.

BEATTY, D.M. **A essência do estado de direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

BITENCOURT, C.R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONAVIDES, P. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL, Constituição Federal (1988), Capítulo I – DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS, Art. 5º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 14 de maio de 2020.

_____. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**, Rio de Janeiro, RJ, dez 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de jurisprudência**, Acórdãos, 13 de junho de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso 20 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4.733. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de jurisprudência**, Acórdãos, 13 de junho de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em 20 fev. 2020.

ELLIOTT, J. The principle of parliamentary sovereignty in legal, constitutional, and political perspective. *In*: JOWELL, J; OLIVER, D; O`Cinneide, C. (org.). *The changong constitucional*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 38-66.

GRECO, R. **Curso de direito penal**: parte geral. 19. ed. Niterói: Editora Impetus, 2017.

HIEBERT, J. The Human Rights Act: Ambiguity about Parliamentary Sovereignty. **German Law Journal**. Cambridge, v.14, n. 12, p. 2253-2274, 2013. doi: 10.1017/S2071832200002765. Acesso em 02 mar. 2021.

KANT. I. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. Tradução de Joãozinho Beckenkamp. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

LIMA, A. J.C.B. **Direito Penal Constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, C. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, G.F; BRANCO, P.G. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NEVES, M.A. **Constitucionalização Simbólica**. 1. ed. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NOVELINO, M. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, G.S. **Curso de direito penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ODILLA, F. Como o Reino Unido conseguiu ficar até 2009 sem uma suprema corte. **BBC News Brasil**, Londres, 24 de mar. de 2019. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47623603>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

PRADO, MARIANA; TURNER, Cláudia. A democracia e seu impacto nas nomeações das agências reguladoras e ministros do STF. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 27-74, 2009.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, I. *et al.* Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. **Revista Consultor Jurídico**, agosto de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

SILVA, J.A. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

STRECK, L.L. Contra o Neoconstitucionalismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, n. 4, p. 9-27, 2011.

_____. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Revista Consultor Jurídico**, junho de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acesso em: 11 de maio de 2020.

TEIXEIRA, A.V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito FGV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 037-058, 2012.

VECCHIATTI, P.R.I. O mandado de injunção e a criminalização de condutas. **Revista Consultor Jurídico**, agosto de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas>>. Acesso em: 17/02/2021.

WEBBER, S.S. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n.13, p. 305-324, 2013.