

EQUIPARAÇÃO DA HOMOFOBIA AO CRIME DE RACISMO NO ÂMBITO DO ATIVISMO JUDICIAL: as consequências da criação ou ampliação de um tipo penal incriminador através de uma decisão judicial para o estado democrático de direito

Charliton Silva Lima Junior¹
Renata Martins de Souza²

Resumo

O presente estudo tem por escopo analisar o ativismo judicial perpassando por sua origem histórica e conceitual, como também a atuação do Poder Judiciário no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no. 26 em 2019, indagando se há neste caso uma atuação desmedida ou amparada pelo contexto democrático. É nesse sentido que se pesquisa a influência do constitucionalismo contemporâneo em um contexto atual e o que isso influenciou no julgamento da referida ação. Ademais, busca-se construir uma investigação bibliográfica sobre os aspectos objetivos da ação, de sua procedência e a correlação com o princípio da separação de poderes, os métodos de interpretação da constituição em relação à colisão entre direitos fundamentais. Contudo, não se discute a essência da orientação sexual das pessoas ou o cunho filosófico ou até mesmo fisiológico das ideologias de gênero, mas sim e tão somente os aspectos jurídicos do reconhecimento da inércia do Poder Público e a existência de comandos constitucionais que determinam a punição de atos discriminatórios, como também mecanismos que buscam efetivas as disposições constitucionais. Portanto, a pesquisa se aprofunda no papel do julgador frente à omissão estatal no que concerne à proteção dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Direitos e Garantias Fundamentais. Separação dos Poderes. Criminalização. Controle de Constitucionalidade.

Abstract/Resumen/Résumé

The present study aims to analyze judicial activism going through its historical and conceptual origin, as well as the role of the Judiciary in the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality by Default in the. 26 in 2019, asking whether in this case there is a disproportionate performance or supported by the democratic context. It is in this sense that one investigates the influence of contemporary constitutionalism in a current context and what this has influenced in the judgment of that action. In addition, it seeks to construct a bibliographic investigation on the objective aspects of the action, its origin and the correlation with the principle of separation of powers, the methods of interpreting the constitution in relation to the collision between fundamental rights. However, the essence of people's sexual orientation or the philosophical or even physiological nature of gender ideologies are not discussed, but only the legal aspects of recognizing the inertia of the Public Power and the existence of constitutional commands that determine punishment discriminatory acts, as well as mechanisms that seek effective constitutional provisions. Therefore, the research delves into the role of the judge in

¹ Graduando do curso de Direito da Rede de Ensino Doctum – Unidade de João Monlevade
Email: Charliton.j@hotmail.com

² Doutora em Direito Público pela Pontifca Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), Mestre em Teoria do Direito pela Pontifca Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-graduada pelo Instituto de Ensino Superior de João Monlevade (IES-FUNCEC). Professora da Rede de Ensino Doctum. Defensora Pública de Minas Gerais.

the face of state failure to protect citizens' fundamental rights and freedoms.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial Activism. Fundamental Rights and Warranties. Separation of Powers. Criminalization. Constitutionality Control.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal dispõe sobre diversos direitos e garantias fundamentais para o cidadão. Dentre estes, o princípio da legalidade penal, o qual prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, conforme art. 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88. Este princípio fundamental traz como garantia ao cidadão, o direito de somente responder por um crime caso haja uma lei formal, editada antes da ação ou omissão, tipificando uma conduta como crime. Ademais, os direitos e garantias fundamentais possuem tamanha relevância no ordenamento jurídico que são elencados como cláusulas pétreas, porquanto não podem ter seu alcance reduzido, como também serem suprimidos, nos termos do art. 60, § 4º, da CRFB/88.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, diante de uma omissão inconstitucional que estaria inviabilizando o exercício de um direito, em especial, o direito a não discriminação, pois não havia uma norma penal que pudesse reprimir o número elevado de crimes que possuíam como motivação a discriminação por motivos de orientação sexual, assim como prevenir outros crimes que possuam a mesma motivação ideológica. Sendo que também está elencado como direito fundamental a determinação de punição para práticas de discriminação que atentem contra direitos e liberdades individuais, conforme dispõe o art. 5º, inciso XLI, da CRFB/88. Entretanto, conforme será demonstrado, este direito e garantia fundamental teria a eficácia e aplicabilidade limitada, sendo importante salientar que mesmo sem a edição da lei regulamentadora, as normas limitadas possuem eficácia jurídica imediata. Isso significa que elas contam com a chamada eficácia mínima ou efeito paralisante e também o efeito revogador. Em outras palavras, desde a promulgação da Constituição (sem o complemento do legislador ordinário), elas impedem que leis inviabilizem direitos previstos na Constituição (eficácia paralisante) e revogam normas que sejam contrárias a seu texto (efeito revogador). Efeitos que serão importantes para a discussão do presente estudo. Todavia, a norma limitada possui aplicabilidade indireta, mediata e dependente de complementação. São aquelas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm a possibilidade de produzir todos os seus efeitos, de maneira completa, precisando de uma lei integrativa.

Ademais, a própria Carta Magna ao dispor sobre direitos fundamentais que necessitassem de complementação por uma lei ulterior para produção de todos os seus efeitos, previu também que eventualmente poderia haver alguma omissão de complementação do legislador infraconstitucional que inviabilizaria a fruição de tais direitos, portanto, trouxe em seu bojo a ação de controle concentrado ou abstrato, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Sendo que este mecanismo está intimamente relacionado com as normas de eficácia limitada, pois foram criados exatamente para combater a síndrome da inefetividade das normas constitucionais. Dito de outro modo, na falta da norma regulamentadora, o cidadão recorre ao Poder Judiciário, como forma de concretizar o exercício do direito garantido da Constituição.

Diante disso, levando em consideração que estavam tramitando por vários anos alguns projetos de lei que disciplinavam o tema, contudo, não tinham a deflagração do processo legislativo para promulgação da norma, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma decisão cautelar em sede da ADO/26 e do MI/4733 com a finalidade de propiciar uma solução imediata para a mora legislativa, enquadrando as discriminações por homofobia nas disposições da Lei 7.716/1989, até que fosse editada uma lei regulamentando a matéria, como também incluiu o homicídio por discriminação de orientação sexual no dispositivo penal do homicídio qualificado por motivo torpe.

Conquanto esta decisão cautelar trouxe diversas discussões para o mundo jurídico que serão abordadas no decorrer deste estudo, essencialmente, a colisão entre direitos fundamentais, de um lado a necessidade de lei para tratar sobre material penal, e por outro a imposição de punir atos discriminatórios, sendo que ambas determinações são elencadas como direitos fundamentais, como também será estudado os efeitos dos mecanismos constitucionais para assegurar direitos fundamentais. Ademais, a discussão sobre a competência e atribuição dos Poderes e o papel do Poder Judiciário no constitucionalismo contemporâneo, com uma pesquisa voltada para o fenômeno denominado Ativismo Judicial, abrangendo a teoria concretista adotada pelo Supremo Tribunal Federal no caso em análise, assim como as consequências de sua decisão para o estado democrático de direito.

Diante do exposto, a decisão proferida no âmbito da ADO/26 suscita o seguinte questionamento, tendo em vista a eventual colisão entre estes dois valores resguardados constitucionalmente, a legalidade penal e o mandado constitucional de punição, assim como a controvérsia em relação aos efeitos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com a adoção da teoria concretista. Assim, o presente artigo se propõe a responder o seguinte questionamento: a atuação do Poder Judiciário neste caso implica em uma atuação desmedida ou em uma atuação amparada pelo contexto democrático?

Neste sentido, a presente pesquisa ostenta relevante importância para o tema, atentando-se para os métodos de interpretação da lei e da constituição, assim como métodos de integração da lei penal. Abrangendo ainda aspectos teóricos de interpretação da constituição, seus princípios e fundamentos, em especial, a dignidade da pessoa humana.

A pesquisa possui natureza essencialmente bibliográfica, tendo uma metodologia descritivo-analítica baseada em um levantamento bibliográfico, com fulcro em livros, artigos científicos publicados e revistas jurídicas, e como fundamentos teóricos para defender a argumentação explanada serão utilizados os posicionamentos de ilustres doutrinadores, como José Afonso da Silva (1998), Marcelo Novelino (2017), Konrad Hesse (1991), Barroso (2018), Moraes (2019) e Guilherme de Souza Nucci (2019), além de jurisprudência e artigos variados.

2 O ATIVISMO JUDICIAL

2.1 Origem Histórica

O termo ativismo judicial possui sua origem nos Estados Unidos, sendo este reconhecido como o primeiro país a difundir o uso desta denominação, conforme Moraes (2019, pag. 832) a expressão ativismo judicial foi utilizada pela primeira vez em 1947 por Arthur Schlesinger Jr., em um artigo redigido sobre a atuação da Corte Suprema dos EUA.

Um dos casos primordiais que envolvem este fenômeno, possuindo uma temática semelhante, por envolver discriminação, ao julgado debatido neste estudo, foi uma decisão proferida pela Corte norte-americana que envolvia uma questão de discriminação racial, conforme explica Moraes (2019, pag. 832) a Corte Suprema, derrubou um precedente que possuía anteriormente (*Plessy v. Ferguson*, de 1896), e proferiu uma decisão declarando ser inconstitucional lei que adotava a ideia de segregação ou separação, e que permitia instalações públicas separadas para negros e brancos, contanto que possuíssem a mesma qualidade. Portanto, com esta decisão mais ampla na concretização de direitos fundamentais deu início ao fim da segregação por cunho racial nos Estados Unidos.

Ademais, em outros posicionamentos de cunho ativistas foram utilizados a fim de concretizar outros Direitos Fundamentais possibilitando maior amplitude interpretativa por parte do Poder Judiciário, para Moraes (2019, pag. 833) é possível perceber clássicas decisões no âmbito do ativismo judicial pela Corte Americana, dentre estas o reconhecimento do direito à privacidade (*Griswold v. Connecticut*, de 1965), dispendo sobre a necessidade de que toda pessoa que fosse presa em flagrante fosse informada sobre seus direitos fundamentais (*Miranda v. Arizona*, 1966), e outro julgado que possui grande controvérsia, este que reconheceu o direito constitucional ao aborto, como destaque ao direito à privacidade (caso *Roe v. Wade*, 1973).

Por sua vez, no direito brasileiro, conforme explica Moraes (2019, pag. 832) o ativismo judicial ganhou força com a Constituição de 1988, uma vez que esta fortaleceu o Poder Judiciário e a Jurisdição Constitucional, essencialmente pelos mecanismos de controle de constitucionalidade, assim como pelos efeitos de suas decisões, especialmente, os efeitos erga omnes e vinculantes das decisões judiciais, tendo em vista à inércia dos Poderes Legislativo e Executivo na efetivação das normas constitucionais, o que permite a adoção de novas técnicas de interpretação que ampliam a atuação da jurisdição em assuntos essencial e tradicionalmente típicos dos Poderes Legislativo e Executivo. Ademais, o Supremo Tribunal Federal pode conceder interpretações conforme a Constituição, declarar a nulidade sem redução de texto, e, além disso, com a Emenda Constitucional nº 45/04, há a possibilidade de editar, de ofício, Súmulas Vinculantes, as quais possuem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, como também vinculam a administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, nos termos do art. 103-A da CRFB/88. Desta forma, em alguns casos, a Corte Suprema assume o papel de verdadeiro legislador positivo, completando princípios e conceitos indeterminados do texto constitucional, ou, ainda moldando sua interpretação com certo grau de subjetividade. (MORAES, 2019).

2.2 Conceito e Definição

Inicialmente a definição mais conhecida e disseminada no direito brasileiro sobre o ativismo judicial, é a conceituada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Luís Roberto Barroso, o qual dispõe que

[...] 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. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. (BARROSO, 2018, p. 434).

Nas concepções deste fenômeno, conforme explica Barroso (2018, pág. 434) no direito brasileiro, há diversos julgados que apresentam esta postura mais ativista do Supremo Tribunal Federal. Dentre estes: a possibilidade de aplicação da constituição diretamente a situação não expressamente contempladas em seu texto e prescindindo de manifestação do legislador ordinário, como foi o caso da imposição de fidelidade partidária e a vedação ao nepotismo; outro caso foi quanto à imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em relação a casos de inércia do legislador (como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município), assim como em relação a políticas públicas não eficientes, por exemplo, as decisões sobre o direito à saúde. Diante disso, estas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função tipicamente prevista de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha as desempenhadas por outros Poderes em suas funções típicas na criação e efetivação do próprio Direito.

Ante o exposto, de acordo com os ensinamentos de Barroso (2018, pág. 435) a judicialização seria um fato, conforme demonstrado nas ações ativistas elencadas acima. E o ativismo por sua vez é designado como uma atitude do Judiciário na escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição expandindo o seu sentido e o seu alcance, possuindo conceitos diferentes, mas que possuem certa ligação. Se de um lado há um cidadão ou categoria, que em muitos casos trata-se de uma minoria, levando ao Poder Judiciário e judicializando determinada questão, envolvendo direitos fundamentais, que não foi resolvida ou efetivada pelo Poder Executivo, assim como pelo Poder Legislativo no desempenho de suas funções. Por outro lado, é necessário haver uma atitude ou ação por parte do Poder Judiciário em relação a esta questão pela qual foi provocado a se manifestar, portanto, o fato da judicialização acarreta a atitude que é denominada ativismo, e o Estado-Juiz analisando a questão irá tomar uma atitude que poderá ser intensa ou expansiva em relação aos direitos e garantias fundamentais, tratando-se neste caso do ativismo judicial propriamente dito, conforme explica o ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Luís Roberto Barroso

o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proa-tivo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2018, p. 435).

Portanto, o ativismo judicial ainda conforme os ensinamentos de Barroso (2018, pág. 435) é legitimamente exercido buscando retirar o máximo dos princípios, fundamentos e dos dispositivos constitucionais, essencialmente, quando o Judiciário é instado a se manifestar sobre direitos fundamentais não efetivados ou garantidos por outros Poderes. Assim, diante deste cenário o Estado-Juiz precisa ter uma atitude ou ação, a fim de concretizar tais direitos constitucionais.

3 LEGITIMIDADE DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TOCANTE A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Uma das principais controvérsias trazidas pelo julgamento da ADO/26 foi o questionamento de uma possível atuação do desmedida por parte do Poder Judiciário, sugerindo que este estaria extrapolando sua função típica, acarretando uma possível violação ao princípio da separação dos poderes, pois a decisão cautelar proferida enquadrava as discriminações por orientação sexual nos dispositivos da Lei 7.716/1989, como também o homicídio por discriminação sexual no homicídio qualificado por motivo torpe, até que fosse editada uma lei ulterior pelo Congresso Nacional. Assim, tendo em vista que o Poder Legislativo detém como sua função típica a edição de leis, principalmente, em matéria relacionada ao direito penal, conforme do direito fundamental da legalidade penal, surgiu este questionamento em relação à autonomia dos Poderes.

Partindo do pressuposto desta problemática é imperioso destacar a origem histórica da separação dos Poderes, a fim de entender a sua evolução histórica, como também sua atual concepção de acordo com o direito constitucional contemporâneo. Neste sentido a Constituição Federal em seu art. 2º estabeleceu como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, a separação dos Poderes, sendo este princípio tão importante que foi incluído como cláusula pétrea, não podendo ser abolido, nos termos do art. 60, § 4, inciso III, da CRFB/88. Conforme contexto histórico, as primeiras bases teóricas para a tripartição dos poderes foram lançadas na obra Política, de Aristóteles, na qual se vislumbrava a existência de três funções estatais, exercidas, entretanto, por um único órgão de poder soberano: a edição de normas gerais, a sua aplicação ao caso concreto e o julgamento, contudo, verificava-se uma espécie de tirania e arbitrariedade por parte do governante, em razão da acumulação de poder nas mãos de um só. Posteriormente esta teoria foi desenvolvida na obra “o espírito das leis”, por Montesquieu (1962, p. 180) que aprimorou o pensamento aristotélico, ao propor que as funções estatais se relacionassem com três órgãos distintos,

autônomos e independentes entre si, e não mais se concentrassem em um único órgão soberano. Conforme Pedro Lenza (2011, p. 433):

Em sua obra Política, [...] o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos. O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Tal teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americana e francesa, consagrando-se na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão, em seu art. 16.

Esta contextualização histórica, como também a importância apontada pela Constituição Federal, ao elencar a separação dos Poderes, como princípio fundamental da República, assim como cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, inciso III, da CRFB/88.

A decisão proferida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, conforme os ensinamentos de Barroso (2018, p. 463) trata-se de uma decisão de caráter representativo do Supremo Tribunal Federal, pois conforme Luis Roberto Barroso, o tribunal constitucional atuaria de forma contra majoritária quando declara uma norma inconstitucional afastando o que foi disposto pelo legislador, e de forma representativa como se fosse um legislador positivo, ou seja, aplicando uma espécie normativa diante da inércia legislativa, e que isso embora não seja o mais adequado, em algumas circunstâncias torna-se essencial para resguardar o direito de minorias.

Conforme sabido, a perspectiva limitada de separação de poderes, idealizada inicialmente, amparada pelo paradigma Liberal de Estado passa a ser superada com o Estado Social, pautado pela correção do individualismo clássico liberal, pela afirmação dos direitos sociais e pela realização de objetivos de justiça social. Por fim, completando os paradigmas do constitucionalismo, tem-se o Estado Democrático de Direito e sua função transformadora de efetivação dos direitos fundamentais sociais e pretensão de legitimidade de suas decisões, ganhando relevo em tal cenário o protagonismo assumido pelo Poder Judiciário. Buscando evidenciar a transformação substantiva e axiológica de tal poder nesse novo paradigma estatal, observa Bonavides (2001, p. 22) que, no contexto de um Estado democrático-participativo, reconhece-se que ao juiz da legalidade do sistema positivista (que reconhecia ser o magistrado um simples aplicador da lei, restrito aos mecanismos da subsunção e dedução) sucede o juiz da legitimidade.

Desde então, também recaem sobre o Poder Judiciário as expectativas e pressões da sociedade, que busca, por meio dele, a concretização dos fins traçados na Constituição, tais como a fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios. Assim, mediante uma visão contemporânea atribuída ao princípio da separação dos poderes, o Poder Judiciário, além de deter a capacidade de invalidar atos editados pelos Legislativo e Executivo, desempenhando a

chamada jurisdição contramajoritária, também passa a gozar de legitimidade, segundo parcela considerável da doutrina, para atuar como instância representativa da sociedade.

Nessa linha de reflexão, afigura-se oportuno citar a posição de Barroso (2015, p. 19-20), segundo o qual, a despeito das resistências teóricas pontuais, o papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade (consistente na invalidação dos atos editados por representantes eleitos pelo povo) tornou-se quase universalmente aceito. Acrescenta, ainda, o citado jurista que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional estaria assentada com base em dois fundamentos principais:

a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais. (BARROSO, 2015, p. 19-20)

Com referência ao papel representativo desempenhado pelo Tribunal, sustenta a doutrina que tal seria uma decorrência do déficit democrático da representação política e, mais especificamente, da dificuldade do sistema em expressar, em grande medida, a vontade majoritária da população (BARROSO, 2015, p. 22-23). Como consequência, a expansão da atuação judicial se torna imprescindível para resguardar a autonomia privada de grupos minoritários estigmatizados, cujas aspirações normativas são desconsideradas pelo processo deliberativo no âmbito legislativo, tal como ocorre no contexto brasileiro, no qual as insuficiências da democracia representativa são óbvias. Assim, por meio da atuação dos ministros do Tribunal, investidos de mandato representativo e legitimação democrática, segmentos minoritários, em geral, teriam assegurado o direito de participação igualitária no sistema político, conforme será visto a seguir.

4 COMANDO CONSTITUCIONAL PARA CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA E A TRANSFOBIA E O DIREITO FUNDAMENTAL DA LEGALIDADE PENAL

A Constituição Federal dispõe sobre diversos direitos e garantias fundamentais, dentre estes, o direito à vida, liberdade e igualdade, conforme art. 5º, caput:

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:

Deste modo, para garantir a eficácia e proteção destes direitos, a Constituição trouxe um mandamento direcionado ao legislador impondo uma necessidade de punição para atos discriminatórios “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, conforme. Art. 5º, inciso XLI, da CRFB/88. Portanto, visando atender esta determinação constitucional foi editada a Lei nº 7.716/1989, a qual dispõe em seu art. 1º: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Nota-se que apesar de possuir uma abrangência ampla, não previa punição para homofobia e qualquer outra discriminação por orientação sexual. Portanto, possuindo uma omissão inconstitucional, uma vez que o dispositivo constitucional visa reprimir qualquer forma de discriminação aos direitos e liberdades fundamentais, e conforme com José Afonso da Silva (SILVA 1998), este direito e garantia fundamental teria a eficácia e aplicabilidade limitada, sendo importante salientar que mesmo sem a edição da lei regulamentadora, as normas limitadas possuem eficácia jurídica imediata. Isso significa que elas contam com a chamada eficácia mínima ou efeito paralisante e também o efeito revogador. Em outras palavras, desde a promulgação da Constituição (sem o complemento do legislador ordinário), elas impedem que leis inviabilizem direitos previstos na Constituição (eficácia paralisante) e revogam normas que sejam contrárias a seu texto (efeito revogador). Portanto, ainda que não houvesse complementação ulterior, o próprio dispositivo constitucional impede que uma lei inviabilize direitos constitucionais, em especial, a não discriminação por homofobia, ainda que por omissão legislativa ou ausência de previsão expressa por parte do legislador.

Desta forma, de acordo os aspectos teóricos constitucionais, é imperioso destacar o sentido normativo da constituição, desenvolvido por Konrad Hesse, essa concepção teve, segundo Marcelo Novelino (NOVELINO 2017, p. 97) relevante papel na superação do modelo de constituição como um documento essencialmente político, predominante na primeira metade do século XX. Novelino ainda cita o reconhecimento definitivo da força normativa das Constituições como uma das principais conquistas do constitucionalismo contemporâneo.

Exatamente por conta de sua força normativa, a Constituição seria capaz de imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Assim, a Constituição até poderia não realizar as ações por si só, mas poderia impor atitudes. Logo, a Constituição deve ser entendida como a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. E, por ter status de norma jurídica, seria dotada de força normativa suficiente para vincular e impor os seus comandos. (HESSE, Konrad. 1991 p. 19)

Diante do exposto, a própria Constituição ao prever em seu art. 5, inciso XLI, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Ainda que esta disposição segundo classificação de José Afonso da Silva (SILVA 1998), seja uma norma de eficácia limitada, dependendo de complementação ulterior para produzir todos os seus efeitos, todavia por dotar de eficácia paralisante elas impedem que leis inviabilizem direitos previstos na Constituição. Ademais, a própria Carta Magna já é dotada de força normativa, o que impede que um ato normativo infraconstitucional que regulamente uma norma de eficácia limitada, impeça ou reduza o real alcance, amplitude e sentido de seu

dispositivo. Ao Julgar procedente a ADO/26, o Supremo Tribunal Federal proferiu a seguinte decisão:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”)

A cautelar proferida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário trouxe algumas discussões para o mundo jurídico, pois a Constituição Federal dispõe sobre o direito fundamental da legalidade, o qual prevê: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, conforme art. 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88. Ocorre que a referida decisão apesar de não ter efetivamente criado um novo tipo penal, enquadrou a conduta a dispositivos penais já existentes, ou seja, o homicídio por motivos de discriminação por orientação sexual no tipo penal de homicídio qualificado por motivo porte e a discriminação na lei de racismo 7.716/1989, o que gerou uma discussão sobre um método de integração denominado analogia que nas palavras de Guilherme de Souza Nucci trata-se de um processo de autointegração, estendendo-se uma norma penal aonde, originalmente, não existe. Servindo de certa forma para suprir lacunas existentes na legislação. (NUCCI, 2020).

No que concerne ao enquadramento dos casos de homicídio doloso por homofobia ou por motivos de discriminação por orientação sexual na hipótese de homicídio qualificado por motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). No referido caso não há analogia, mas interpretação analógica, que ocorre quando a norma penal traz uma fórmula casuística seguida de uma fórmula genérica, por exemplo, o homicídio qualificado - CP, Art. 121, § 2º: I – “mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe”. O legislador traz uma disposição expressa e traz uma disposição mais abrangente, pois não seria possível disciplinar todas as suas hipóteses no tipo penal, portanto, esta disposição mais abrangente ou genérica é essencialmente direcionada ao aplicador da lei, para que este possa interpretar a norma e aplica-la a outros casos que envolvam motivo torpe, possibilitando a sua utilização tanto *in bonam partem* (para beneficiar o réu), como também *in malam partem* (para prejudicar o acusado). Portanto, o motivo torpe conforme explica Guilherme de Souza Nucci:

É o motivo repugnante, abjeto, vil, que causa repulsa excessiva à sociedade. Reitere-se que a lei penal vale-se, nesse caso, da interpretação analógica, admitida em direito penal (o que é vedado é o emprego da analogia), pois estabelece dois exemplos iniciais de torpeza e, em seguida, generaliza, afirmando “ou outro motivo torpe”, para deixar ao encargo do operador do direito a inclusão de circunstâncias não expressamente previstas, mas consideradas igualmente ignóbeis. É evidente que todo delito causa repulsa social, mas o praticado por motivo torpe faz com que a

sociedade fique particularmente indignada, tal como ocorre com o delito mercenário – mata-se por dinheiro ou outra recompensa. (Nucci, 2019, p. 34-35).

Já em relação ao enquadramento da discriminação na lei 7.716/1989, esta que prevê punição aos crimes de racismo, talvez seja um dos pontos de maior controvérsia da decisão proferida no âmbito da ADO/26, que deve ser solucionado de acordo com os métodos de interpretação da Constituição, uma vez que na confecção de normas penais incriminadoras, encontra-se presente o princípio da legalidade, este prevê que para que um crime possa existir deve estar nos exatos termos da lei, assim como a existência da pena deve seguir os mesmos parâmetros, portanto, torna-se complexa a utilização da analogia em material penal. Ou seja, no direito penal, a regência é determinada pela lei em sentido estrito, não cabendo o uso de elementos correspondentes, entretanto não iguais. (NUCCI, 2020).

Conquanto, conforme explica NUCCI (2020), os princípios não podem ser absolutos, devendo guardar harmonia com outros. Deste modo, é possível admitir *analogia in bonam partem* (a favor do acusado), entretanto não é admitida a analogia *in malam partem* (em prejuízo do acuso). Como justificativa, é necessário entender a finalidade de existência dos direitos e garantias fundamentais, os quais existem a fim de proteger o cidadão contra eventuais abusos e excessos do Estado. Assim, o motivo pelo qual existe o princípio da legalidade é a constituição de um escudo para proteger contra a posição de supremacia do Estado. Sendo necessário ressaltar que a lei processual penal, preza pela prevalência do interesse do acusado, possuindo como fundamentos a presunção de inocência e a inviabilidade de exigência de autoacusação. Portanto, a legalidade penal é considerada uma proteção individual, buscando sempre a prevalência do interesse do acusado, e que diante de uma lacuna, quando esta originar de uma matéria penal, deve ser resolvida com a finalidade de beneficiar o réu, não podendo prejudica-lo. (CLÁUDIO BRANDÃO, Tipicidade penal, p. 83).

Embora, nem toda a doutrina seja contrária ao emprego em geral da analogia no direito penal. Confirma-se a lição de CARNELUTTI: “Considero que a proibição da analogia na aplicação das leis penais é outra superstição da qual devemos nos livrar. Nisso não se deve enxergar uma consequência do princípio da certeza jurídica, senão uma desconfiança com relação ao juiz, a qual, se têm razões históricas bastante conhecidas, carece de todo fundamento prático”. (El problema de la pena, p. 74 CAPECCE, 2015).

4.1 Métodos de Interpretação da Constituição na Solução de Colisão entre Princípios Fundamentais

De acordo com o denominado princípio da unidade da Constituição, conforme dispõe Barroso (2018, p. 290) a Carta Política é o verdadeiro documento que traz unidade ao sistema jurídico, irradiando todos os seus princípios e normas por todo ordenamento. Trata-se de uma interpretação sistemática, impondo ao aplicador o dever de trazer harmonia as tensões e

contradições entre as normas jurídicas. Desta forma, a superioridade hierárquica da constituição impõe uma determinação de sentido para todas as normas do sistema.

Ainda de acordo com Barroso (2018, p. 290) o problema associado ao princípio da unidade não está associado aos conflitos que surgem entre as normas infraconstitucionais ou entre estas e a Constituição, uma vez que são resolvidos pela posição de hierarquia por parte desta, portanto, há um problema entre as tensões que são vislumbradas dentro do próprio texto constitucional, através da colisão entre princípios e direitos fundamentais, por exemplo, quando ambos estão presentes de maneira contraposta em casos que são levados ao Poder Judiciário. Partindo do pressuposto que inexistem hierarquia entre normas originariamente constitucionais, é necessário observar alguns valores que são de certa forma, mais elevados (como o fundamento da dignidade da pessoa humana ou o direito à vida). Diante disso, visando a harmonização o intérprete deverá fazer ponderações e interpretar a norma de uma forma que possa trazer maior alcance e efetividade, analisando o sentido dos dispositivos constitucionais na integralidade.

Tendo em vista uma possível colisão entre o princípio da legalidade penal, e o mandado constitucional de punição para atos discriminatórios, uma vez que ambas as disposições estão previstas como direitos fundamentais. É imperioso interpretar a constituição como um todo, nessa mesma linha de pensamento, em julgamento da ADPF 101, foi posto que “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação do direito é interpretação do direito, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta textos de direito, isoladamente, mas sim o direito — a Constituição — no seu todo.” (BRASIL, STF, Grau, voto em ADPF 101/DF, 2006, s/p).

Assim, a Constituição deve ser analisada como um todo, levando em consideração seus princípios, objetivos e fundamentos, e não somente ser analisada sob o aspecto do dispositivo da legalidade penal, o qual dispõe sobre a necessidade de haver uma lei penal formal editada pelo Congresso Nacional, uma vez que caso a Constituição seja interpretada aos pedaços ou em textos isolados poderá ocorrer a perda de sua real eficácia.

Neste sentido, como poderia uma Constituição que é constituída sob o aspecto de um Estado Democrático de Direito e possui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, inciso III, além de ter como um de seus objetivos: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, conforme art. 3º, inciso IV, ambos da CRFB/88. Não ser interpretada senão com a finalidade de combater a discriminação, prezando essencialmente pela dignidade da pessoa humana, e declarando a inconstitucionalidade por omissão, além de preencher o vazio normativo imediatamente a fim de trazer uma efetividade imediata para a decisão, até que o legislador venha a regulamentar a omissão inconstitucional. Assim, não se pode analisar o princípio da legalidade penal de forma destacada, ou desprendida dos demais direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal.

Ademais, ainda que o princípio da legalidade seja nas palavras de (NUCCI, 2020) uma forma de escudo para proteger o cidadão contra a posição de supremacia do Estado, visando evitar abusos por parte deste. Não seria razoável invocar este direito fundamental, a fim de justificar que as discriminações e os homicídios por motivos de discriminação não

sejam punidos, sob o argumento de que as discriminações por motivos de orientação sexual não foram abrangidas pela Lei 7.716/1989, uma vez que esta regulamenta dispositivos constitucionais que possuem eficácia limitada, contudo as normas de eficácia limitada desde a promulgação da Constituição (sem o complemento do legislador), já impediriam que leis infraconstitucionais inviabilizassem a punição de atos discriminatórios, ainda que por omissão do legislador, pois as normas constitucionais de eficácia limitada possuem efeitos, ainda que parciais, sendo dotadas de eficácia paralisante, o que impossibilita que uma norma infraconstitucional destoe de seu real objetivo, ainda que por omissão. Além disso, o enquadramento dos casos de homicídio doloso por homofobia ou por motivos de discriminação por orientação sexual na hipótese de homicídio qualificado por motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). Não apresenta uma hipótese de analogia, mas sim de interpretação analógica, que ocorre quando a norma penal traz uma fórmula casuística seguida de uma fórmula genérica, sendo que a interpretação analógica pode prejudicar o réu, pois o dispositivo é em sua essencial direcionado ao aplicador da lei, portanto, neste caso não há violação ao direito fundamental da legalidade penal.

Nestes termos, conforme ensina Alexandre de Moraes “Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.” (Moraes, 2007, p. 27).

5 CONTROVÉRSIAS EM RELAÇÃO AOS EFEITOS DA ADO/26 E DO MI/4733 ‘

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucional por Omissão (ADO 26) e o Mandado de Injunção (MI 4733), trouxe outra controvérsia para o mundo jurídico, essencialmente, sob o aspecto processual distinto destas ações, uma vez que o órgão de cúpula do Poder Judiciário, não obstante tenha julgado de forma conjunta a ADO 26 e o MI 4733, tendo em vista que ambas possuem a finalidade de combater a falta de norma regulamentadora, as regras procedimentais destas ações possuem uma natureza processual distintas do ponto de vista constitucional, assim como efeitos distintos.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme explica Moraes (2019, p. 840-842) integra o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, ou seja, não possui como finalidade a resolução de situações subjetivas, pois sua essência é voltada para a defesa e efetivação da ordem jurídica constitucional, razão pela qual possui uma normatização processual específica, sendo regida pela Lei 9.868/99. Além disso, é importante ressaltar que esta ação possui como legitimados para sua deflagração as pessoas e entidades prevista no art. 103, da CRFB/88, além de sempre possuir como órgão jurisdicional competente para sua apreciação o Supremo Tribunal Federal, essencialmente em relação às omissões de normas previstas na Constituição Federal de 1988. Outra característica é constatada em relação aos efeitos da decisão, pois seus efeitos são gerais e alcançam todos, e de acordo com o dispositivo constitucional, conforme art. 103, § 2º, da CRFB/88, dispõe:

“Declarada à inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Portanto, esta ação concentrada não possui, de acordo com o dispositivo expresso da constituição, a finalidade de uma imediata solução para a omissão da legislação infraconstitucional, pois a decisão detém características diferentes a depender do destinatário da ação, caso a ação seja destinada a combater uma omissão advinda de uma autoridade do Poder executivo, esta decisão determinará a adoção de providências cabível no prazo de trinta dias, possuindo neste caso uma essência mandamental. Entretanto, caso a inércia seja por parte do Poder Legislativo, a decisão será voltada para dar ciência ao Congresso Nacional, a fim de que este proceda com a edição do ato normativo, contudo sem fixar prazo, possuindo uma natureza declaratória de inconstitucionalidade omissiva.

Por sua vez, conforme explica Moraes (2019, p. 197-201) o Mandado de Injunção possui como finalidade a proteção de situações subjetivas do cidadão, sendo uma garantia constitucional para solucionar a falta de norma regulamentadora que esteja tornando inviável o exercício de um direito constitucional, outra característica desta ação é a possibilidade de ser impetrado por qualquer cidadão como legitimado ativo. Esta ação constitucional integra o controle de constitucionalidade difuso, possuindo como destinatário qualquer juiz ou tribunal, a depender da natureza do ato normativo impugnado. Ademais, é importante ressaltar que como embasamento processual segue o rito sumaríssimo previsto para outros remédios constitucionais, como o mandado de segurança, assim como o habeas data. Deste modo, por ter uma natureza subjetiva, os efeitos da decisão a princípio é restrita ao cidadão que impetrou a ação constitucional, conforme art. 5º, inciso LXXI, da CRFB/88, sendo importante salientar que a injunção concedida deverá propiciar o exercício do direito, regulamentando a matéria no caso concreto.

No tocante aos efeitos da decisão do mandado de injunção, a tese inicial adota pelo Supremo Tribunal Federal foi a teoria não concretista, conforme explica Moraes (2019, p. 209) esta teoria foi adota pelo Supremo Tribunal Federal por muito tempo, até a mudança de entendimento com a adoção da teoria concretista em sede do MI 708 (greve no serviço público), a teoria não concretista adotada anteriormente como entendimento dominante, atribuía ao mandado de injunção a finalidade de reconhecer o estado de inércia do Poder Público, neste sentido, com base nesta teoria, não há que se falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, imediatamente, condições viabilizadoras para o exercício do direito ou prerrogativa prevista constitucionalmente, contudo, tão somente, será dado ciência ao poder competente para que edite a norma regulamentadora. Assim, o Poder Judiciário, com base nesta teoria, não tomava nenhuma providência para regulamentar a situação no caso concreto, mas apenas se limitava a notificar ou cientificar o Poder Legislativo da ausência da norma, a fim de que este editasse a norma faltante.

Conforme explica Moraes (2019, p. 209) há uma crítica a teoria não concretista, pois a adoção desta posição de certa forma torna os efeitos do mandado de injunção idênticos aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, apesar de serem institutos notoriamente diversos, neste sentido a partir do julgamento de mandados de injunção coletivos, em 2007,

em especial, o MI 708, o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento em relação aos efeitos e abrangências da decisão, passando a adotar no entendimento da maioria dos ministros, a teoria concretista, afirmando a competência do Poder Judiciário para trazer uma regulamentação, no caso concreto, da falta da norma regulamentadora. Conforme explica Moraes:

Pela posição concretista, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Moraes (2019, p. 204)

Diante disso, com a superação da teoria não concretista com o julgamento do MI 708, que tinha por objeto o exercício do direito de greve do servidor público, o Supremo Tribunal Federal autorizou sob algumas condições o exercício do direito de greve, mesmo com a ausência de legislação específica. Afirmou-se que até a edição da norma específica pelo Poder Legislativo, os servidores poderiam se valer da norma geral vigente para os trabalhadores da iniciativa privada, adotando assim a teoria concretista.

Ocorre que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, levando em consideração o dispositivo expresso da constituição, conforme art. 103, § 2º, da CRFB/88: “Declarada à inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Diante disso, esta ação concentrada não possui, de acordo com o dispositivo expresso da constituição, a finalidade de uma imediata solução para a omissão da legislação infraconstitucional, pois a decisão caso tenha como escopo combater a inércia por parte do Poder Legislativo, como referente ao caso em análise, será voltada para dar ciência ao Congresso Nacional, a fim de que este proceda com a edição do ato normativo, contudo sem fixar prazo, possuindo uma natureza declaratória de inconstitucionalidade omissiva.

Desta forma, o voto julgando procedente a ADO/26 inaugura uma postura inédita por parte do Supremo Tribunal Federal, pois a decisão proferida determina de imediato (com a devida publicação do acórdão), seja sanada a omissão inconstitucional relativa à não criminalização. Sendo importante ressaltar que decisão neste caso, não possui em seu objeto apenas dar ciência ao Poder Legislativo, mas declara a omissão preenchendo a lacuna normativa, de forma imediata, utilizando legislações penais já existentes, até que o legislador venha a editar uma lei para regulamentar a matéria. Logo, a decisão proferida adota a teoria concretista adotada para o mandado de injunção, contudo, adota este posicionamento pela primeira vez no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Este posicionamento traz uma discussão em relação a uma possível decisão excessiva por parte do Poder Judiciário, em relação ao princípio da separação dos poderes, e a função típica outorgada constitucionalmente ao Poder Legislativo para a edição das leis, essencialmente, em relação a matéria penal, onde opera o direito fundamental da legalidade penal. Contudo, há quem defenda a adoção da teoria concretista, ainda que em sede de uma ação de controle concentrado por omissão, conforme dispõe o Procurador do Estado de

Alagoas – PGE/AL, Souza Neto (2015), é necessário trazer maior efetividade para o controle concentrado, buscando, semelhança em alguns aspectos, com a ação de controle difuso. Conforme os ensinamentos do autor, a própria natureza das ações de controle concentrado: “seus efeitos irradiam contra todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, e com efeitos vinculativos, ensejando até mesmo a Reclamação Constitucional para preservar a autoridade das suas decisões” (NETO, 2015, p. 12).

Deste modo, surge o seguinte questionamento, pois ao Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102, caput, da CRFB/88, compete precipuamente, a guarda da constituição, devendo zelar pela efetivação de seus dispositivos, assim como a aplicação de seus fundamentos e direitos fundamentais, desta forma como poderia o Supremo Tribunal Federal limitar seu alcance, a ponto de suas decisões não possuírem qualquer efetividade? Conforme Souza Neto “assim como o fez com o Mandado de Injunção, diante de uma inércia/omissão inconstitucional, não pode o STF se limitar a tal ponto das suas decisões não possuírem qualquer efetividade” (NETO, 2015, p. 12).

É imperioso ressaltar que também recaem sobre o Poder Judiciário as expectativas e pressões da sociedade, que busca, por meio dele, a concretização dos fins traçados na Constituição, tais como a fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios. Assim, mediante uma visão contemporânea atribuída ao princípio da separação dos poderes, o Poder Judiciário, além de deter a capacidade de invalidar atos editados pelos Legislativo e Executivo, desempenhando a chamada jurisdição contramajoritária, também passa a gozar de legitimidade, segundo parcela considerável da doutrina, para atuar como instância representativa da sociedade. A decisão proferida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, conforme os ensinamentos de Barroso (2018, p. 463) trata-se de uma decisão de caráter representativa como se fosse um legislador positivo, ou seja, aplicando uma espécie normativa diante da inércia legislativa, e que isso embora não seja o mais adequado, em algumas circunstâncias torna-se essencial para resguardar o direito de minorias.

Portanto, é possível constatar uma evolução jurisprudencial, havendo uma mudança de interpretação do que dispõe o art. 103, §2º da CRFB/1988. Nos dizeres da professora Flávia Bahia (2018) explica que até 2007, o STF adotava a posição não concretista e de acordo com esse entendimento e em nome da separação entre os poderes (art. 2º da CRFB/88), o Poder Judiciário não poderia suprir a omissão inconstitucional da norma faltante, tampouco fixar prazo para o legislador positivo elaborar a lei. Contudo, a partir de 2007, o Tribunal Constitucional vem mudando de entendimento sobre as ações que visam coibir a inércia do Poder Público (MI e ADO) e tem adotado posições concretistas, aplicando por analogia lei já existentes para suprir a omissão normativa. (BAHIA, 2018).

É importante salientar a controvérsia doutrinária em relação aos efeitos da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, uma vez que conforme explicado pelos autores Eduardo Marinho de Brito e Saulo de Medeiros Torres (2013), há uma parcela da doutrina que defende a interpretação literal do dispositivo constitucional, seguindo a linha não concretista. Mas de outro lado, há quem defenda a corrente concretista, entendendo que o §2º do art. 103 da CRFB/88 disse menos do que queria, sendo necessária uma interpretação extensiva, pois seria necessário interpretá-lo à luz de outros princípios e preceitos

constitucionais. Os referidos autores explicam que dessa forma “chegaremos ao entendimento de que o Poder Judiciário pode ter uma ação mais ativa para concretizar a sua decisão” (TORRES; BRITO, 2013, p. 03).

Defendendo esta linha de pensamento, é imperioso destacar os dizeres de Dirley da Cunha Junior:

Longe de vulnerar o princípio da divisão de funções estatais, logra conciliar o princípio da autonomia do legislador e o princípio da prevalência da Constituição, que se traduz na exigência incondicional do efetivo cumprimento das normas constitucionais (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 413).

Diante do exposto, é possível observar que não se trata de invadir e exercer as funções típicas outorgadas constitucionalmente ao Poder Legislativo, quando o Poder Judiciário busca trazer efetividade para as normas constitucionais, quando determina a utilização de determinada legislação para sanar a omissão normativa, possibilitando a fruição dos direitos de forma imediata no caso concreto. Pois conforme expõe Souza Neto (2015) se o Parlamento não cumpre com sua obrigação constitucional editar a legislação de determinado direito assegurado aos indivíduos, não poderia o Supremo Tribunal Federal se omitir de seu dever constitucional, pois não pode deixar de julgar (NETO, 2015, p. 13).

Desta forma, não seria compatível com uma Constituição constituída em um Estado Democrático de Direito, um cenário onde o Poder Legislativo, não exerce suas funções constitucionalmente conferidas, ao não regulamentar determinada matéria essencial para o exercício de um direito fundamental, em especial, a não discriminação, seja por morosidade ou por baixa representatividade política de determinada minoria, atrelado a uma situação onde o Poder Judiciário não tem o condão de proferir uma decisão realmente efetiva, que traga uma solução para o caso concreto, solucionando a omissão que estaria tornando inviável o exercício deste direito, pois nesta perspectiva, determinada minoria ou categoria não teria a quem recorrer a fim de resguardar seus direitos.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, deve zelar por sua função de guardião da constituição, garantindo autoridade e efetividade para suas decisões, primordialmente, no tocante a aplicação das disposições constitucionais, prezando pela aplicação e efetividade dos direitos fundamentais, assim como pelo fundamento da Dignidade da Pessoa Humana.

Neste sentido, conforme afirmou o Ministro Celso de Mello em sua decisão, dar ciência ao legislador nem sempre tem se demonstrado uma solução eficaz, pois em outras decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em que este notificou o Poder Legislativo sobre a falta da norma regulamentadora para que fosse sanada sua ausência, o Congresso Nacional continuou a permanecer em estado de mora com a prestação legislativa que a Constituição lhe incumbiu a promover. Portanto, o Supremo Tribunal Federal com a evolução de sua jurisprudência ao longo dos últimos trinta anos, buscou trazer uma efetividade imediata para suas decisões a fim de sanar a omissão inconstitucional de imediato. Como aconteceu, por exemplo, na decisão proferida no MI 708, que tratava sobre o direito de greve dos servidores públicos. Neste caso, o órgão de cúpula do Judiciário ao verificar a falta de norma regulamentadora para que os servidores usufríssem do direito de greve, como

também ao analisar o estado de inércia ou mora legislativa, utilizou a teoria concretista, determinando que até que fosse editada uma legislação pertinente para os servidores, estes deveriam utilizar a lei de greve prevista para os trabalhadores da iniciativa privada. (Voto em plenário do Min. Rel.: Celso de Mello, julgamento da ADO no. 26, 2019, p. 65-66).

5.1 Critérios Objetivos para a Procedência da Ação

É necessário para que uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão seja julgada procedente, basicamente dois requisitos, o primeiro requisito está relacionado com uma imposição constitucional para que o legislador edite uma norma para que seja regulamentada a matéria. Já o segundo requisito está intimamente ligado com uma inércia legislativa, uma ausência de regulamentação da determinação constitucional, configurando assim uma omissão inconstitucional, tendo em vista que diante da inércia ou morosidade, o cidadão estará impedido de usufruir de seus direitos de forma plena. Neste sentido, ao proferir a cautelar em sede da ADO nº 26, o Ministro Celso de Mello ressaltou que:

[...] inadimplida a obrigação jurídico-constitucional de produção de provimentos legislativos, tornar-se-á possível imputar comportamento moroso ao Estado (ao Poder Legislativo da União, no caso) e reconhecer admissível, para efeito de eventual colmatação da omissão denunciada, o acesso legítimo a presente ação de controle normativo abstrato (Voto em plenário do Min. Rel.: Celso de Mello, julgamento da ADO no. 26, 2019, p. 42).

Levando em consideração o julgamento desta ação concreta, a Procuradoria Geral da República destacou importantes argumentos que levaram a procedência da cautelar, em especial, à existência de projetos de leis que tramitavam durante vários anos, sem devida deflagração de seu processo legislativo. Como no caso do PL 5.003, de 7 de agosto de 2001 e, destacou ainda outro projeto de lei, o projeto lei 122, de 12 de dezembro de 2006, que foi incluído ao pl 236, de 9 de julho de 2012, este que previa a criminalização da homofobia junto ao capítulo destinado ao racismo e outros crimes resultantes de preconceito e discriminação. (BRASIL, PGR, Parecer n o 110.474, 2015).

Diante disso, é possível constatar uma inércia do Poder Legislativo para regulamentar a matéria penal, pois os projetos de lei não contavam a deflagração de seu processo legislativo, em relação às práticas discriminatórias por orientação sexual, sendo importante ressaltar que o primeiro era de 2001. Ademais, trata-se da regulamentação de uma imposição ou mandamento constitucional, um comando constitucional direcionado, essencialmente, ao legislador. Ainda de acordo com a Procuradoria Geral da República, a inércia do legislador deve ser analisada não apenas quanto à propositura do projeto de lei, como também em relação ao momento de deliberação, porquanto não basta instaurar, é necessária a votação, promulgação e sanção, pois apenas a instauração não supre o mandamento constitucional para editar a legislação. (BRASIL, PGR, Parecer n o 110.474, 2015).

Conquanto não seja possível demarcar um prazo ou lapso temporal adequado para a duração do processo de edição de uma lei, uma vez que se trata de uma atividade política, permeada por um critério de mérito legislativo ou escolha política, é importante haver razoabilidade e proporcionalidade, pois, conforme aduz a Procuradoria Geral, o Legislativo “deve considerar a natureza da matéria e a urgência da sua disciplina perante os anseios da sociedade – e, sobretudo, diante do comando constitucional que exige interposição do legislador” (Brasil, PGR, Parecer n o 110.474, 2015, p. 26).

Nesta perspectiva, é imperioso destacar uma manifestação, onde foram elencados dados objetivos, na medida em que em sede de “amicus curiae” na ADO n o. 26 foram trazidas informações com dados referentes ao ano de 2011, acentuando que, nesse contexto, registrou-se mais de 6.000 (seis mil) denúncias de violação aos direitos humanos por motivos de discriminação por orientação sexual, dentre as quais 278 foram homicídios, bem como a informação de que foram registrados 347 homicídios motivados por este cunho de discriminação no Brasil até outubro de 2018. (BRASIL, STF, Manifestação, GGB, 2018).

Diante disso, levando em consideração estes dados objetivos, segundo o Ministro Luis Roberto Barroso, a punição de discriminações por orientação sexual, deve ter tutelada pela norma penal por três fatores: o primeiro está relacionado com seu bem jurídico e a violação deste direito, o segundo leva em consideração o fato de que outras discriminações são punidas criminalmente, e o terceiro assevera que uma punição por outros ramos do direito, como uma punição cível ou administrativa, não seria suficiente por não coibir de maneira efetiva as violências homofóbicas. Conforme explica Luis Roberto Barroso “deixar de criminalizar esse tipo de discriminação violaria o princípio da proporcionalidade na sua dimensão de proibição da proteção insuficiente”. (BRASIL, STF, BARROSO, voto em ADO 26/DF, 2019, p. 21-22).

Assim, com a ADO nº 26 sendo julgada procedente a fim de enquadrar as discriminações por homofobia nas disposições da Lei 7.719/89 e os homicídios que tenham por motivação a discriminação por orientação sexual, na hipótese de homicídio qualificado por motivo torpe, a finalidade da tutela penal estará sendo utilizada, mormente em virtude de sua função preventiva, ou seja, prevenindo outros crimes por motivação semelhante.

Ademais, a lei penal possui uma função garantista e ético-social, funcionando como um escudo protetivo para os cidadãos que integram esta parte da sociedade, trazendo assim um efeito moralizador, buscando assegurar um “mínimo ético”, além de desempenhar uma função de certa forma educativa, sob pena de imposição de sanção ao agente que pratica a discriminação ilícita, lesionando ou colando em perigo o bem jurídico do direito a não discriminação e a dignidade da pessoa humana. Portanto, a criminalização das discriminações por orientação sexual, atendendo as disposições constitucionais, de imposição de punição para práticas discriminatórias, não possui como finalidade privilegiar a população LGBT, mas, tão somente, garantir o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, pois o que se busca é o mesmo tratamento legal já conferido em favor de outros grupos vulneráveis da sociedade brasileira, tais como mulheres, negros, crianças e idosos, cuja proteção é efetivada por legislações específicas, como nas leis Maria da Penha, feminicídio,

antirracismo, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), estatuto do Idoso, etc. (BRASIL, STF, Sustentação Oral, ADO no. 26, 2019).

Diante do exposto, foi possível julgar procedente a ADO nº 26, levando em consideração a inércia ou mora legislativa injustificada do Poder Legislativo, partindo do pressuposto do mandamento ou imposição constitucional de punição às práticas discriminatórias, sendo necessário destacar, conforme José Afonso da Silva (2018), sua eficácia limitada, pois apesar de necessitar de complementação legislativa, desde a sua promulgação já é dotada de efeito paralisante, impedindo que norma infraconstitucional destoe de seu conteúdo ou impeça a fruição de determinado direito, mesmo que por omissão, o que já justificaria a procedencia da ação concentrada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo procurou elucidar e reunir informações acerca da definição de ativismo judicial, que está intimamente relacionado com o julgamento da ADO/26 e do MI/4733 e seus efeitos, julgado este que dispõe sobre o enquadramento da discriminação por orientação sexual nas hipóteses da Lei 7.716/89, como também os homicídios por discriminação de orientação sexual, nas hipóteses de homicídio qualificado por motivo torpe, sendo que a principal discussão gira em torno de uma possível violação ao direito fundamental da legalidade penal, ensejando uma analogia em prejuízo do acusado, pois a Lei 7.716/89 não abarcava discriminações por orientação sexual. Ademais, busca-se apresentar a abrangência do mandado constitucional de punição, que também está elencado como direito fundamental. Portanto, tendo em vista a colisão destes direitos fundamentais, pois de um lado há a necessidade de lei para tratar sobre material penal, e por outro a imposição constitucional de punir atos discriminatórios. Assim, busca-se construir uma investigação bibliográfica sobre os aspectos objetivos da ação, sua procedência, além de responder se no caso em análise a atuação do Poder Judiciário implica em uma atuação desmedida ou amparada pelo Estado Democrático de Direito.

Como demonstrado, não houve efetivamente a criação de um novo dispositivo penal, mas tão somente o enquadramento das condutas de discriminações por orientação sexual, em outras disposições penais já existentes. Neste sentido, em relação ao enquadramento dos casos de homicídio doloso por homofobia ou por motivos de discriminação por orientação sexual na hipótese de homicídio qualificado por motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). No referido caso não há analogia, mas interpretação analógica, que ocorre quando a norma penal traz uma fórmula casuística seguida de uma fórmula genérica, por exemplo, o homicídio qualificado - CP, Art. 121, § 2º: I – “mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe”. O legislador traz uma disposição expressa e traz uma disposição mais abrangente, pois não seria possível disciplinar todas as suas hipóteses no tipo penal, portanto, esta disposição mais abrangente ou genérica é essencialmente direcionada ao

aplicador da lei.

Nesta toada, outra discussão gerada pelo julgamento da ação, foi em relação ao enquadramento das discriminações por orientação sexual, nas disposições da Lei 7.716/89, que deve ser solucionado de acordo com os métodos de interpretação da Constituição. Neste sentido, é imperioso analisar a constituição a luz do princípio da unidade da constituição, como um todo, nessa mesma linha de pensamento, em julgamento da ADPF 101, foi posto que “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação do direito é interpretação do direito, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta textos de direito, isoladamente, mas sim o direito — a Constituição — no seu todo.” (BRASIL, STF, Grau, voto em ADPF 101/DF, 2006, s/p).

Assim, a Constituição deve ser analisada como um todo, levando em consideração seus princípios, objetivos e fundamentos, e não somente ser analisada sob o aspecto do dispositivo da legalidade penal, o qual dispõe sobre a necessidade de haver uma lei penal formal editada pelo Congresso Nacional, uma vez que caso a Constituição seja interpretada aos pedaços ou em textos isolados poderá ocorrer a perda de sua real eficácia.

Em suma, como poderia uma Constituição que é constituída sob o aspecto de um Estado Democrático de Direito e possui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, inciso III, além de ter como um de seus objetivos: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, conforme art. 3º, inciso IV, ambos da CRFB/88. Não ser interpretada senão com a finalidade de combater a discriminação, prezando essencialmente pela dignidade da pessoa humana, que é tida como fundamento da Constituição Federal.

Assim, não se pode analisar o princípio da legalidade penal de forma destacada, ou desprendida dos demais direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal, pois apesar dos direitos fundamentais serem uma espécie de escudo para proteção do cidadão contra a posição de supremacia do Estado, certamente os direitos fundamentais não pode ser utilizado como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade penal por atos criminosos, sob pena de desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

Outra discussão que o presente artigo levantou, foi em relação aos efeitos da decisão proferida no âmbito da ado/26 e mi/4733, pois a decisão proferida adota a teoria concretista, mas desta vez em sede de uma ação de controle concentrado, determinando de imediato (com a devida publicação do acórdão), seja sanada a omissão inconstitucional relativa à não criminalização. Sendo importante ressaltar que decisão neste caso, não possui em seu objeto apenas dar ciência ao Poder Legislativo, mas declara a omissão preenchendo a lacuna normativa, de forma imediata, utilizando legislações penais já existentes, até que o legislador venha a editar uma lei para regulamentar a matéria. Logo, a decisão proferida adota a teoria concretista adotada para o mandado de injunção, contudo, adota este posicionamento pela primeira vez no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Portanto, o Supremo Tribunal Federal, com a adoção da teoria concretista, buscou trazer real efetividade para suas decisões.

Este posicionamento traz uma discussão em relação a uma possível atuação desmedida

por parte do Poder Judiciário, em relação ao princípio da separação dos poderes, e a função típica outorgada constitucionalmente ao Poder Legislativo para a edição das leis, essencialmente, em relação a matéria penal, onde opera o direito fundamental da legalidade penal.

Desta forma, a atuação do Poder Judiciário neste caso não implica em uma atuação desmedida, mas sim em uma atuação amparada pelo Estado Democrático de Direito, pois mediante uma visão contemporânea atribuída ao princípio da separação dos poderes, o Poder Judiciário, além de deter a capacidade de invalidar atos editados pelos Legislativo e Executivo, desempenhando a chamada jurisdição contramajoritária, também passa a gozar de legitimidade, segundo parcela considerável da doutrina, para atuar como instância representativa da sociedade. A decisão proferida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, trata-se de uma decisão de caráter representativa como se fosse um legislador positivo, ou seja, aplicando uma espécie normativa diante da inércia legislativa, e que isso embora não seja o mais adequado, em algumas circunstâncias torna-se essencial para resguardar o direito de minorias. Neste sentido, se o Parlamento não cumpre com sua obrigação constitucional editar a legislação de determinado direito assegurado aos indivíduos, não poderia o Supremo Tribunal Federal se omitir de seu dever constitucional, de garantir a efetividade das disposições constitucionais.

Ademais, não seria razoável invocar a legalidade penal, a fim de justificar que as discriminações e os homicídios por motivos de discriminação não sejam punidos, sob o argumento de que as discriminações por motivos de orientação sexual não foram abrangidas pela Lei 7.716/1989, uma vez que esta regulamenta dispositivos constitucionais que possuem eficácia limitada, contudo as normas de eficácia limitada desde a promulgação da Constituição (sem o complemento do legislador), já impediriam que leis infraconstitucionais inviabilizassem a punição de atos discriminatórios, ainda que por omissão do legislador, pois as normas constitucionais de eficácia limitada possuem efeitos, ainda que parciais, sendo dotadas de eficácia paralisante, o que impossibilita que uma norma infraconstitucional destoe de seu real objetivo, ainda que por omissão. Além disso, segundo o sentido normativo da Constituição, os dispositivos constitucionais são dotados de força normativa. E, por ter *status* de norma jurídica, seria dotada de força normativa suficiente para vincular e impor os seus comandos, o que ampara a atuação do Poder Judiciário com o contexto democrático, uma vez que compete a este, através do Supremo Tribunal Federal, a guarda e efetivação das disposições constitucionais.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional: Prática**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição política e constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 3-34.

_____. “Judicialização e ativismo judicial”. In: PALESTRA Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/2015/03/18/judicializacao-e-ativismo-judicial/>>. Acesso em: 14 out. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (Proc.9996923-64.2013.1.00.0000)**. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional. Relator: Min.: Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 de out. de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 out. de 2020.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 14 out. de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal pleno. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101**, voto Ministro Eros Grau, em ADPF 101/DF, 2006, s/p). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

CAPECCE, Bruno Gabriel; TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida. **Privação de liberdade**. Legislação, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **El problema de la pena**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Rodamillans, 1999. _____. Lecciones de derecho penal – El delito. Buenos Aires: Editora Jurídicas Europa-América, 1952.

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

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962, p. 180.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais** - Atlas, 8ª edição, São Paulo, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral**: arts. 1º a 120 do código penal – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. Procuradoria-Geral da República. **Parecer no. 110.474/2015/SAJ/PGR**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Eduardo Marinho de Brito; TORRES, Saulo de Medeiros. Efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: uma análise das suas possibilidades. In: Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande do Norte, XVI, n. 113, jul 2013. Disponível em: . Acesso em maio 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris. 1991.