


**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO
PROCESSUAL BRASILEIRO**

**CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA AND ITS IMPACT ON THE BRAZILIAN
PROCEDURAL SYSTEM**

**CRIMINALIZACIÓN DE LA HOMOFOBIA Y SU IMPACTO EN EL SISTEMA
PROCESAL BRASILEÑO**

 <https://doi.org/10.56238/arev7n10-274>

Data de submissão: 29/09/2025

Data de publicação: 29/10/2025

Wendelson Pereira Pessoa

Pós-doutorando em direito

Instituição: Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Fabiano da Silveira Pignata

Doutor em Direito

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)

Rafael da Rocha Allemand

Pós-graduado em Direito Público

Instituição: Universidade Gama Filho (UGF/RJ)

RESUMO

Este artigo examina as decisões do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, que resultaram na criminalização de condutas discriminatórias contra pessoas LGBTQIA+. A análise centra-se no ativismo judicial, investigando até que ponto a interpretação ampliada da Lei nº 7.716/89, que trata de crimes de preconceito de raça ou cor, abarca a homotransfobia e se configura extrapolação das funções constitucionais do Judiciário. O objetivo é discutir os limites da atuação do STF na efetivação de direitos fundamentais, tendo como paradigma o caso da criminalização da homotransfobia.

Palavras-chave: Separação de Poderes. Princípio da Legalidade. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This article examines the decisions of the Supreme Federal Court in the joint trial of Direct Action of Unconstitutionality by Omission No. 26 and Writ of Injunction No. 4733, which resulted in the criminalization of discriminatory behavior against LGBTQIA+ people. The analysis focuses on judicial activism, investigating the extent to which the expansive interpretation of Law No. 7,716/89, which addresses crimes of racial or color prejudice, encompasses homotransphobia and constitutes an overreach of the constitutional functions of the Judiciary. The objective is to discuss the limits of the Supreme Federal Court's role in enforcing fundamental rights, taking as a paradigm the case of the criminalization of homotransphobia.

Keywords: Separation of Powers. Principle of Legality. Judicial Activism.

RESUMEN

Este artículo examina las decisiones del Supremo Tribunal Federal en el juicio conjunto de la Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión n.º 26 y el Mandato de Inhabilitación n.º 4733, que resultaron en la criminalización de conductas discriminatorias contra las personas LGBTQIA+. El análisis se centra en el activismo judicial, investigando hasta qué punto la interpretación expansiva de la Ley n.º 7.716/89, que aborda los delitos de prejuicio racial o racial, abarca la homotransfobia y constituye una extralimitación de las funciones constitucionales del Poder Judicial. El objetivo es discutir los límites del rol del Supremo Tribunal Federal en la garantía de los derechos fundamentales, tomando como paradigma el caso de la criminalización de la homotransfobia.

Palabras clave: Separación de Poderes. Principio de Legalidad. Activismo Judicial.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a Suprema Corte brasileira tem demonstrado uma atuação proeminente, especialmente em demandas que envolvem direitos fundamentais de minorias e grupos vulneráveis. Diversos são os precedentes em que o Supremo Tribunal Federal (STF) assumiu a responsabilidade de decidir sobre questões de elevada relevância nacional, tais como o aborto de feto anencefálico, pesquisas com células-tronco, união homoafetiva, alteração do nome civil para pessoas transexuais e, mais recentemente, objeto de análise deste trabalho, a equiparação de atos discriminatórios relacionados à orientação sexual (homofobia e transfobia) ao crime de racismo.

Tais decisões, entretanto, são frequentemente percebidas por parcela da comunidade jurídica como uma extrapolação das competências estabelecidas na Constituição Federal de 1988, caracterizando uma alegada invasão das esferas de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Para os defensores dessa perspectiva crítica, a atuação expansiva do STF configuraria uma violação do Princípio da Separação dos Poderes, conferindo ao Judiciário um "superpoder" em detrimento do equilíbrio e enfraquecimento dos demais.

Em contrapartida, outra vertente do pensamento jurídico sustenta que a atuação proativa e expandida do Judiciário, não se limitando aos Ministros do STF, não constitui uma violação da Separação dos Poderes. Argumenta-se que essa intervenção visa à concretização de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, cuja efetividade estaria obstaculizada pela inércia dos outros Poderes. Nesse sentido, conclui-se que o Poder Judiciário age para dar efetividade à Constituição, e não para violá-la.

O presente trabalho fundamenta-se na análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) nº 4733/DF, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin. Nesses julgados, a discussão central girou em torno do reconhecimento da inércia do Poder Legislativo em criminalizar, de forma específica, os casos de homofobia e transfobia, culminando na equiparação dessas condutas ao crime de racismo, com base no art. 5º, XLII, da Constituição Federal de 1988, e na eventual fixação de prazo para a aprovação de legislação criminal correspondente.

Claudia Piovezan (2021), em artigo escrito sobre a atuação ativista dos Ministros da Suprema Corte, afirmou que o STF declarou a inconstitucionalidade do Princípio da Legalidade em matéria penal, criando, por meio do processo informal de alteração do texto constitucional – mutação constitucional –, um novo tipo penal mediante o uso da analogia.

Nas próximas seções, serão explorados conceitos fundamentais como a Separação dos Poderes, o neoconstitucionalismo, o Princípio da Legalidade, os mandados constitucionais de criminalização, a inércia legislativa, o ativismo judicial, a autocontenção judicial e a judicialização da política.

Adicionalmente, e com base na metodologia empregada, este estudo buscará responder à seguinte questão central: a atuação do Supremo Tribunal Federal, no caso concreto, configura-se como ativismo judicial?

2 SEPARAÇÃO DE PODERES E NEOCONSTITUCIONALISMO: FUNDAMENTOS PARA COMPREENDER O ATIVISMO JUDICIAL NA CF/88

A análise do ativismo judicial pressupõe compreender a Separação dos Poderes. Uma decisão é dita “ativista” quando ultrapassa limites constitucionais e invade a esfera de outro Poder. Parte-se, portanto, de uma síntese histórico-teórica: do absolutismo (poder concentrado, “Grande Leviatã”, Hobbes, 2014) ao Estado de Direito, no qual a lei limita o poder e se distribuem funções estatais autônomas e harmônicas.

A separação funcional — com raízes em Aristóteles e Locke — ganha projeção com Montesquieu (2006), cujo *O Espírito das Leis* (em contexto de monarquia absoluta francesa) propõe a tripartição (Legislativo, Executivo e Judiciário) como antídoto ao despotismo: a concentração das três funções suprime a liberdade. Montesquieu apud Barroso (2024) destaca que o poder deve conter o poder; Montesquieu apud Ribeiro (2022) evidencia a finalidade de frear o ímpeto do soberano. A mensagem central: autonomia e independência recíproca para evitar abusos. Também se atribui à separação ganhos de eficiência na prestação estatal (Filho, 2020).

O Brasil não adota uma teoria “pura” de separação. Barroso (2024, p. 625) explica que o modelo brasileiro prevê controles mútuos entre Executivo e Legislativo, com ressalvas quanto à fiscalização recíproca envolvendo o Judiciário. James Madison apud Barroso (2024) sistematiza os checks and balances (Constituição dos EUA/1787): Poderes independentes, porém limitados, vigiam-se e impedem a extrapolação de competências. A supremacia da lei, realçada no contexto antiabsolutista (Montesquieu apud Ribeiro, 2022), levou a uma fase de Estado Legislativo, na qual o Judiciário parecia apenas declarar a vontade legal.

Com o Estado Constitucional (século XX), supera-se o modelo de supremacia parlamentar: a Constituição torna-se parâmetro normativo e o Judiciário, seu intérprete. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) consagra, no art. 16, que não há Constituição sem garantia de direitos e separação de poderes (Barroso, 2024, p. 619). A Constituição de 1988 afirma, no art. 2º, a independência e harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário (BRASIL, 1988) e eleva a

Separação dos Poderes a cláusula pétrea (art. 60, §4º, III, BRASIL, 1988), impondo limite material ao poder de reforma: não se admite emenda tendente a aboli-la. Admite-se, todavia, ajuste que não a desfigure.

Cada Poder tem função típica: legislar (Legislativo), administrar (Executivo) e julgar (Judiciário). O Brasil adota separação “temperada”, pois funções atípicas são constitucionalmente autorizadas (Barroso, 2024; Carvalho Filho, 2024, p. 3). Exemplos: Legislativo julga crimes de responsabilidade (art. 52, I e II, CF/88) e administra seus serviços (art. 51, IV; art. 52, XIII, CF/88); Judiciário edita regimentos (função normativa) e organiza serviços (art. 96, I, “a”; 96, II, “a” e “b”, CF/88); Executivo legisla por medidas provisórias (art. 62, CF/88). Exercício atípico exige previsão constitucional — o legislador ordinário não pode ampliá-lo (Carvalho Filho, 2024). Não há, por sua vez, função jurisdicional atribuída ao Chefe do Executivo.

No Brasil contemporâneo, a expansão de demandas por direitos fundamentais alterou o desenho funcional pensado pelo constituinte: o Judiciário passou a decidir matérias de políticas públicas originalmente destinadas a Legislativo e Executivo. Esse deslocamento demanda critérios de deferência e contenção, sob pena de tensão com a separação.

Do Estado Absolutista ao Estado Liberal/Estado de Direito (separação e declaração de direitos), surgiu o constitucionalismo: Constituição com força normativa e posição suprema condicionando a validade das demais normas. No século XX, o neoconstitucionalismo reage ao Estado Legislativo de Direito (em que a legalidade era fonte única e suficiente), lembrando que atrocidades puderam ser cometidas sob o manto da lei (Barroso, 2024).

O neoconstitucionalismo sustenta o Estado Constitucional de Direito: dignidade da pessoa humana como fundamento e legalidade reposicionada em um sistema plural de princípios. A Constituição passa a garantir amplo catálogo de direitos (individuais, sociais e coletivos) e a supremacia constitucional — de origem norte-americana — eleva a Constituição ao vértice da pirâmide normativa. Barroso (2024, p. 64) enfatiza que nenhuma norma ou ato subsiste contra seus preceitos; para preservar essa supremacia, institui-se a jurisdição constitucional.

Todo o direito infraconstitucional deve conformidade à Constituição, sob pena de invalidação judicial. A Constituição converte-se no paradigma de validade, e o Judiciário assume a guarda e a interpretação. Normas constitucionalmente inseridas — formalmente constitucionais — têm igual hierarquia; não há ordenação interna de “maior” ou “menor” norma constitucional: todas servem de parâmetro de controle.

A doutrina pós-positivista distingue regras e princípios como espécies do gênero norma constitucional, reconhecendo princípios como normas dotadas de normatividade própria (superando a

visão integrativa e subsidiária). Antes, os princípios figuravam como fontes secundárias, como ilustra o art. 4º da LINDB (Lei nº 4.657/1942), que autorizava o recurso a princípios apenas na ausência de lei. Hoje, princípios são parâmetros diretos de controle de constitucionalidade.

Barroso (2024, p. 162) atribui o giro teórico a Ronald Dworkin e Robert Alexy, a partir do estudo dos direitos fundamentais. A diferenciação entre regras e princípios envolve conteúdo, estrutura e modo de aplicação. Sem aprofundar todos os critérios, destaca-se este último: princípios são mandados de otimização, realizáveis na maior medida possível diante das circunstâncias fáticas e jurídicas; regras operam no esquema “tudo ou nada”. Como explica Barroso (2024, p. 166), o intérprete pondera princípios e fatos relevantes, e não apenas subsume fatos a uma regra, razão pela qual os princípios exigem concretização graduada.

Ao reconhecer normatividade aos princípios, amplia-se a efetividade de direitos fundamentais antes meramente simbólicos. O STF, como guardião da Constituição, exerce o controle de constitucionalidade tendo princípios por parâmetros diretos. Porém, seu alto grau de abstração, vagueza e indeterminação demanda critérios públicos de ponderação para evitar voluntarismos interpretativos e o deslizamento para o ativismo judicial.

Esse pano de fundo explica a tensão atual: de um lado, a Separação dos Poderes (BRASIL, 1988; Barroso, 2024; Carvalho Filho, 2024) exige deferência institucional e respeito às funções típicas; de outro, o neoconstitucionalismo legitima uma atuação jurisdicional forte para assegurar a supremacia constitucional e a eficácia de direitos (jurisdição constitucional, controle difuso e concentrado). O desafio é compatibilizar supremacia constitucional, força normativa dos princípios e deferência democrática, evitando que a tutela de direitos se converta em invasão institucional — precisamente o núcleo do debate sobre ativismo judicial.

3 OS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO EM FACE DA LEGALIDADE PENAL E DA INÉRCIA LEGISLATIVA

A Constituição de 1988, consagrada como “Constituição Cidadã”, é classificada pela doutrina nacional como promulgada, escrita, rígida e analítica. No Título II, dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, o constituinte originário elencou um amplo catálogo de direitos, abrangendo dimensões individuais, sociais, coletivas, de nacionalidade e políticas.

Os direitos individuais, típicos da primeira geração, vinculam-se ao Estado Liberal, funcionando como direitos de defesa contra ingerências estatais. Conferem autonomia privada e impõem ao Estado deveres de abstenção. Já os direitos sociais, de segunda geração, vinculam-se ao

Estado Social (Welfare State), exigindo prestações positivas do Estado para assegurar igualdade material — englobam direitos trabalhistas, à educação, saúde e previdência social.

Entre os direitos de primeira geração, destaca-se o Princípio da Legalidade, previsto no art. 5º, II, CF/88: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse princípio é reforçado no inciso XXXIX do mesmo artigo: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O dispositivo constitucional consagra o Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal em matéria penal, impondo a exigência de lei formal e prévia para tipificação de condutas criminosas.

Esse comando constitucional encontra-se repetido no art. 1º do Código Penal: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940). A fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege expressa* que a criação de tipos penais e sanções é matéria reservada à lei em sentido estrito, submetida às formalidades constitucionais. Nas palavras de Hungria (1976), “a fonte única do direito penal é a norma legal”.

A Constituição atribuiu competência privativa à União para legislar sobre Direito Penal, por meio do Congresso Nacional. Excepcionalmente, os Estados podem legislar em matéria penal apenas mediante autorização em lei complementar. O princípio abrange tanto os crimes quanto as contravenções penais; da mesma forma, a referência a “pena” inclui também as medidas de segurança. Assim, não apenas a conduta deve estar previamente tipificada, mas também a sanção cominada.

A doutrina diverge quanto à sinonímia entre Princípio da Legalidade e Princípio da Reserva Legal. Parte entende que o primeiro teria alcance amplo, abrangendo todas as espécies normativas do art. 59 da Constituição, enquanto a Reserva Legal restringir-se-ia à lei ordinária e complementar. Para essa corrente, tanto o constituinte de 1988 quanto o legislador ordinário optaram pela Reserva Legal em sentido estrito.

O preceito constitucional do art. 5º, XXXIX, replicado no art. 1º do Código Penal, não apenas exige tipificação legal, mas também o respeito ao postulado da anterioridade da lei: a norma incriminadora deve existir antes da prática do ato. Piovezan (2021) explica que do princípio derivam vedações como: proibição de retroatividade para agravar punibilidade, impossibilidade de recorrer ao costume para fundamentar ou aumentar sanções, vedação do uso de analogia para criar ou agravar tipos penais, e interdição de leis penais de conteúdo indeterminado.

A lei penal deve ser escrita: o costume não pode criar, agravar ou fundamentar sanções. Todavia, admite-se sua utilização de forma benéfica ao réu, ou, no máximo, como elemento auxiliar na interpretação de tipos já previstos.

Do Princípio da Legalidade decorrem também princípios derivados como o da taxatividade, o da intervenção mínima e o da fragmentariedade. Como garantia fundamental, ele impede que Executivo e Judiciário criem normas penais gerais e abstratas. Nesse sentido, a CF/88, marcada pela reação ao regime militar, proibiu que o Chefe do Executivo, em função normativa atípica, edite medidas provisórias em matéria penal.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, já admitiu, em decisão indireta, a validade de medida provisória em matéria penal quando favorável ao réu, reafirmando que a legalidade não pode ser instrumentalizada contra direitos fundamentais. O Ministro Eros Grau assim decidiu:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. *ABOLITIO CRIMINIS*. NÃO-OCORRÊNCIA. O prazo de cento e oitenta dias previsto nos artigos 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 é para que os possuidores e proprietários de armas de fogo as regularizem ou as entreguem às autoridades. Somente as condutas típicas 'possuir ou ser proprietário' foram abolidas temporariamente. A vingar a tese de *abolitio criminis* temporária quanto ao porte ilegal, chegar-se-á ao absurdo de admitir que qualquer pessoa pode transitar livremente em público portando arma de fogo. Ordem denegada (STF - HC: 88594 SP, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 09/05/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 02-06-2006).

Ao Poder Judiciário também não foi atribuída, em sua função normativa atípica, a possibilidade de elaborar comandos abstratos e gerais em matéria penal, limitando-se a declarar a inconstitucionalidade de leis penais contrárias à Constituição.

O Princípio da Legalidade constitui um postulado basilar do Direito Penal, vedando, de forma absoluta, o uso da analogia in malam partem. Em outras palavras, é proibido aplicar, por via interpretativa, norma incriminadora a situações que, embora semelhantes, não estejam expressamente previstas como crime. Rogério Sanches Cunha (2020, p. 107) enfatiza que a analogia é vedada tanto para a criação de novos tipos incriminadores quanto para fundamentar ou agravar penas. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a atipicidade da conduta de quem subtrai sinal de TV a cabo, afastando a aplicação analógica, em desfavor do réu, do delito de furto de energia elétrica (art. 155, §3º, do Código Penal).

Constata-se, assim, a centralidade do Princípio da Legalidade (ou da Reserva Legal) na seara criminal. Ele protege o cidadão contra incriminações que não obedeçam à forma legal, garante a anterioridade da lei penal e veda medidas provisórias em matéria penal, decisões judiciais criadoras de novos tipos incriminadores ou a utilização de analogia prejudicial ao acusado.

Conforme já exposto, a Constituição de 1988 assegura um amplo rol de direitos fundamentais, dotados de aplicabilidade direta e imediata e de intangibilidade, de modo que não podem ser abolidos nem mesmo por emenda constitucional. A doutrina majoritária, contudo, admite restrições legítimas,

desde que compatíveis com a própria Constituição. Além da eficácia vertical (relação entre Estado e indivíduo), os direitos fundamentais irradiam-se sobre as relações privadas, configurando a eficácia horizontal, na qual os particulares se vinculam reciprocamente sob condição de igualdade jurídica.

Grande parte dos direitos fundamentais individuais — notadamente os do art. 5º da CF/88 — possui estreita ligação com o Direito Penal, uma vez que sua violação frequentemente enseja a incidência da norma penal para reparação ou prevenção da lesão. A Constituição, embora não tipifique crimes nem estabeleça penas — devido à rigidez de seu processo de alteração —, impõe ao legislador a criação de tipos penais em determinadas hipóteses. Esses comandos são os chamados Mandados Constitucionais de Criminalização.

Os Mandados de Criminalização funcionam como ordens do constituinte originário, impondo ao legislador ordinário a criminalização de condutas ofensivas a bens jurídicos fundamentais, estabelecendo patamares mínimos de proteção que não podem ser ignorados. Essa perspectiva traduz a eficácia objetiva dos direitos fundamentais, impondo ao Estado um dever de tutela ativa. Em contrapartida, a eficácia subjetiva exige do Estado uma postura de abstenção frente às liberdades individuais, garantindo a proteção negativa contra ingerências arbitrárias. Dentre os exemplos citados na doutrina estão:

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

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

A Constituição, para além das hipóteses já mencionadas (racismo e ação de grupos armados), impõe ao legislador a criminalização da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos crimes hediondos.

Fundamentado nos requisitos mínimos estabelecidos pelo constituinte, e embora não tipifique condutas nem comine sanções, o legislador ordinário, ao instrumentalizar essa norma constitucional, está impedido, por exemplo, de atribuir prescritibilidade ou fiançabilidade ao delito de racismo. De igual modo, não poderá abster-se de tipificar a conduta de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito. Infere-se, dessarte, que o constituinte não procedeu à tipificação direta dos mencionados ilícitos, mas sim incumbiu o Poder Legislativo de editar a respectiva lei incriminadora, ao mesmo tempo em que impôs balizas mínimas a serem observadas na proposição legislativa.

Além dos Mandados de Criminalização expressos, cuja menção antecede, uma vertente doutrinária sustenta a existência de Mandados de Criminalização implícitos, os quais exigem uma

atuação estatal eficiente na proteção dos direitos fundamentais. Evita-se, por conseguinte, a caracterização de uma proteção deficiente ou insuficiente desses direitos.

Os Mandados Constitucionais de Criminalização configuram uma imposição legislativa ao Poder Legislativo, afastando-se qualquer margem de discricionariedade quanto à sua atuação. Trata-se de um imperativo constitucional ao qual o legislador se encontra vinculado, sendo-lhe defeso dispor, sob pena de sua inércia ser passível de combate por intermédio de instrumentos processuais constitucionalmente previstos, a saber, o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, da CF/88) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, §2º, da CF/88).

O Mandado de Injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, constitui ação constitucional que, na lição de Barroso (2024, p. 573), visa à superação de omissão normativa regulamentadora que inviabilize o pleno exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania. Sua impetração pode ocorrer tanto de forma individual quanto coletiva, em conformidade com a sistemática aplicável ao Mandado de Segurança.

O Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, adotou uma postura de cognição do referido remédio constitucional com o propósito exclusivo de declarar a mora legislativa. Posteriormente, evoluiu em sua jurisprudência, conferindo efetividade à norma e promovendo a concretização do direito constitucional tutelado, com eficácia *inter partes*. Finalmente, a Suprema Corte passou a suprir a lacuna decorrente do vácuo legislativo, utilizando-se da analogia e com atribuição de efeitos *erga omnes*.

Verifica-se, assim, que o remédio constitucional percorreu três momentos distintos, conforme os ensinamentos de Barroso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do Mandado de Injunção passou fases distintas. Inicialmente, o Tribunal limitava-se a decisões que reconheçam a omissão da autoridade regulamentadora e a instavam a agir. Posteriormente, após alguns anos de vigência da Constituição, a jurisprudência do STF evoluiu para reconhecer, quando possível, a autoaplicabilidade da norma (ainda sem regulamentação), concretizando o direito constitucional com efeitos específicos para as partes envolvidas no caso concreto. E finalmente, em um terceiro momento, a Corte passou a suprir a lacuna por meio da analogia, produzindo a norma faltante com efeitos vinculantes e gerais (*erga omnes*), até que a norma fosse editada pela autoridade competente (BARROSO, 2024, p. 573-574).

A jurisprudência do STF evoluiu para tornar eficaz o remédio constitucional e concretizar os direitos fundamentais obstaculizados pela inércia do Poder Legislativo. No primeiro momento, o STF, com base no Princípio da Separação dos Poderes, atuou apenas como legislador negativo, apenas

reconhecendo a mora, porém sem suprir as omissões ou editar a norma faltante. Já, no último estágio, a Suprema Corte atua na seara do Poder Legislativo, fazendo as vezes de legislador positivo, suprimindo omissões inconstitucionais, por meio do uso da analogia, e gerando a norma inexistente. Conforme leciona Ana Célia Ribeiro (2022, p. 155-156), nos anos iniciais após a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal (STF) adotou uma postura mais conservadora. No âmbito do controle de constitucionalidade, compreendia que a função da Corte constitucional era atuar apenas como legislador negativo, e não como legislador positivo, ou seja, não cabia ao STF criar uma norma jurídica diferente daquela instituída pelo Poder Legislativo.

Em contraste com o Mandado de Injunção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no artigo 103, §2º, da Constituição Federal de 1988 e posteriormente regulamentada pela Lei nº 12.063/2009, constitui instrumento de controle de constitucionalidade da omissão inconstitucional imputável aos Poderes constituídos ou a órgãos administrativos. Configura modalidade de controle concentrado de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, cujas decisões detêm efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Neste particular, a omissão inconstitucional não se qualifica como questão prejudicial à análise do mérito, mas sim como o próprio objeto central da demanda constitucional. Os legitimados ativos para a propositura desta ação coincidem com aqueles elencados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), nos termos do artigo 103 da Constituição Federal.

Surge, então, o questionamento: uma vez reconhecida a mora inconstitucional, poderia o Supremo Tribunal Federal suprir a omissão mediante a elaboração de norma legislativa? Em sua fase inicial, a orientação jurisprudencial da Suprema Corte seguiu o mesmo rumo adotado para o Mandado de Injunção. Primeiramente, limitava-se ao reconhecimento da mora inconstitucional por parte do Poder ou órgão administrativo. Subsequentemente, para além do reconhecimento da mora inconstitucional, o STF passou a fixar um prazo para a atuação dos Poderes ou órgãos omissos. Tal posicionamento, adotado em um segundo estágio, recebeu a denominação de concretista intermediária.

A posição concretista intermediária foi utilizada no julgamento da ADO nº 25/DF, da relatoria do Ilustre Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na qual os ministros estipularam um prazo de 12 meses para o Poder Legislativo sanar a omissão inconstitucional.

[...] O Tribunal, por maioria, referendou as decisões monocráticas (eDOCs 101 e 417), nas quais foi prorrogado o prazo por mais 12 (doze) meses e, posteriormente, por mais 90 (noventa) dias, além da homologação do acordo firmado entre a União e todos os Entes Estaduais para encaminhamento ao Congresso Nacional para as providências cabíveis, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. (STF - ADO: 25 DF 9991397-19.2013.1.00 .0000, Relator.: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 30/11/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 18/08/2017).

A posição concretista intermediária, no julgamento da ADO nº 26/DF, da relatoria do Ilustre Ministro Celso de Mello, foi abandonada pela Suprema Corte, a qual avançou, conforme entendimento aplicado no Mandado de Injunção, em direção à atuação do legislador positivo e realizou, nas palavras de Grilo (2020, p. 29-30), um dos casos mais expressivos de ativismo judicial na história do Judiciário brasileiro foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal (STF) equiparou a "homofobia" ao crime de racismo previsto na Lei nº 7.716/89, o que representou uma violação clara da norma constitucional fundamental do Direito Penal, que estabelece que "não há crime sem lei anterior que o defina", também conhecida como Princípio da Legalidade Penal.

Desta feita, ter-se-á fundamento jurídico para indagar se houve ou não ativismo judicial, por parte do Supremo Tribunal Federal, ao tratar do tema criminalização da homotransfobia e a omissão do Congresso Nacional em legislar sobre o assunto.

4 ADO 26/DF E MI 4733/DF: ATIVISMO JUDICIAL?

Homofobia designa aversão ou repulsa a pessoas homossexuais ou à homossexualidade; transfobia refere-se à aversão e intolerância dirigidas a travestis, transexuais e transgêneros. Ambas são formas de discriminação que atingem grupos do movimento LGBTQIA+, ao lado de outras identidades e orientações minoritárias. Nos últimos anos, o Poder Judiciário tem sido reiteradamente provocado em temas como uniões homoafetivas (casamento e união estável) e retificação de registro civil de pessoas transexuais.

A democracia, entendida como o sistema em que o povo escolhe representantes por eleições majoritárias, pode favorecer a primazia da maioria sobre minorias. Adam Przeworski apud Pedrom (2022) observa que os cidadãos elegem governantes e podem substituí-los quando frustram expectativas; ainda assim, pautas minoritárias tendem a sucumbir às preferências majoritárias no processo legislativo. Para mitigar assimetrias, cresce a judicialização de questões políticas, sociais e econômicas, deslocando parte do protagonismo para o Judiciário.

Ives Gandra Martins (2019) sustenta que a plenitude democrática exige que cada Poder atue dentro de suas atribuições e respeite as competências alheias. Lênio Streck (2016) acrescenta que o direito estrutura institucionalmente a democracia, mas critica a leitura que usa o reconhecimento de novos direitos para legitimar decisões sem critérios racionais. Direitos fundamentais não podem ser obstados pela inércia dos representantes do povo — “Todo o poder emana do povo...”, registra o art. 1º da Constituição de 1988 —, e, diante de transgressões constitucionais, o Judiciário pode e deve ser

acionado (STRECK, 2016). Contudo, sua intervenção, por vezes, imiscui-se em atribuições de outros Poderes.

Piovezan (2021) afirma que a nova configuração legal-constitucional tem transferido poder do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, estratégia potencializada pela constitucionalização de direitos a partir de 1988. Embora a Constituição não crie um “Poder Moderador”, ministros do STF têm sugerido esse papel. Citada por Piovezan (2021), a fala de Alexandre de Moraes — “toda tirania deve ser afastada, inclusive a tirania da maioria...” — e a de Dias Toffoli — “somos editores de um país inteiro” — ilustram a percepção de expansão do papel da Corte.

4.1 A ANÁLISE JURÍDICA DA ADO 26/DF E DO MI 4733/DF

A ABGLT impetrou o MI 4733 no STF, pedindo o reconhecimento de que homofobia e transfobia se enquadram como racismo ou, subsidiariamente, como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, com base no art. 5º, incisos XLI e XLII, da CF/88; relator: Ministro Edson Fachin. Em 2013, o PPS ajuizou a ADO 26/DF, visando declarar a inércia do Congresso em criminalizar atos de homofobia e impor ao Parlamento a edição de lei que tipificasse homofobia e transfobia como espécies do gênero “racismo”. A ADO 26/DF, instrumento de controle concentrado manejado por PPS e ABGLT, buscava o reconhecimento da mora legislativa, a equiparação ao racismo (art. 5º, XLII) e a fixação de prazo para a legislação penal correlata. O MI 4733/DF, de pedidos congêneres, pretendia o enquadramento como racismo ou, subsidiariamente, como discriminação a direitos e liberdades fundamentais.

Havia projetos de lei no Congresso para incluir, na Lei 7.716/89, tipos penais de homofobia e transfobia, mas encontraram forte resistência social e não avançaram. Diante da inércia, a ADO pleiteou a aplicação da Lei 7.716/1989 por interpretação extensiva, partindo da tese de que o racismo (gênero) abarcaria homofobia e transfobia (espécies), até que sobrevenha lei específica. Contudo, o art. 1º da Lei 7.716/89 pune discriminação por “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, sem menção à orientação sexual.

Segundo Piovezan (2021), o Ministro Ricardo Lewandowski, após manifestações da PGR e da AGU, não conheceu o MI 4733, por entender que admitir a ação invadiria a competência do Congresso. Após agravo regimental, em 2014, a PGR mudou de posição, e o MI voltou a tramitar, unificando-se seu julgamento ao da ADO 26/DF. O Senado defendeu o indeferimento, invocando separação de poderes, legalidade penal e independência do Legislativo; a Câmara apontou o PL 5.003/2001, que sanciona práticas discriminatórias por orientação sexual; a AGU opinou pela improcedência, alegando impossibilidade de fixar prazo para atividade legislativa e de proferir acórdão com efeito aditivo.

Em 13.6.2019, por maioria, o STF acolheu o voto do relator, Ministro Celso de Mello (vencido Marco Aurélio). Na ADO 26/DF, a Corte: (i) declarou a mora inconstitucional do Congresso; (ii) interpretou conforme a Constituição os mandados constitucionais de criminalização (art. 5º, XLI e XLII) para enquadrar homofobia e transfobia, em todas as manifestações, nos tipos da Lei 7.716/89 enquanto não houver lei específica; (iii) fixou aplicação a partir da conclusão do julgamento. No MI 4733/DF, reconheceu a omissão do Congresso e determinou a aplicação prospectiva da Lei 7.716/89 para abarcar discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Assim, por analogia, o STF estabeleceu norma antes ausente no ordenamento, o que gerou controvérsia por suposta afronta à separação de poderes e ao princípio da legalidade penal.

A separação de funções visa impedir a hegemonia de um Poder. No Estado Constitucional de Direito, a supremacia da Constituição elevou o papel do Judiciário como intérprete e guardião. A ampliação do controle de constitucionalidade — especialmente o concentrado — fez o STF decidir questões de grande repercussão política e social. A força normativa da Constituição e sua supremacia sobre o direito infraconstitucional impulsionaram a jurisdição constitucional. Neves (2023) sustenta que essa jurisdição é condição para afirmar a supremacia constitucional e construir o Estado Democrático de Direito.

Esse protagonismo, que no Estado Legal de Direito era do Legislativo (suposta clareza da lei), alimentou a doutrina do ativismo judicial. O Judiciário, enquanto “legislador negativo”, ao controlar a constitucionalidade, passou a decidir matérias políticas. Daí emerge a “judicialização da política”: temas próprios do Legislativo e do Executivo migraram ao crivo judicial, com decisões definitivas, sobretudo em direitos fundamentais.

O termo “ativismo judicial” tem origem nos EUA, na Suprema Corte presidida por Earl Warren (1954–1969). Machado (2022, p. 110) destaca que, nessa fase, medidas de natureza política foram institucionalizadas por decisões da Corte, sem atos legislativos ou decretos. Barroso (2024, p. 352) complementa que uma transformação profunda e silenciosa nas práticas políticas decorreu de uma jurisprudência progressista em direitos humanos. Para Lima (2021), o juiz ativista, muitas vezes progressista, não se vê vinculado à intenção do legislador, mas a princípios amplos e indeterminados (muito presentes nas Constituições do pós-guerra), o que pode abrir espaço a decisões conforme a vontade do julgador, e não do legislador.

Originalmente conotado negativamente, o ativismo passou a ser visto, por alguns, como instrumento de efetivação de direitos. Machado (2022, p. 112) registra essa ambivalência: há usos pejorativos e há quem o considere essencial. Em contraponto, a autocontenção judicial busca reduzir

a interferência do Judiciário nos outros Poderes, ampliando o espaço de decisão política; é o “outro lado da moeda”, nota Barroso (2024, p. 353).

Ativismo e judicialização se relacionam, mas não se confundem. Para alguns, a judicialização é a causa e o ativismo, o efeito; a doutrina mais técnica os separa. Streck (2016) distingue: o ativismo é invariavelmente prejudicial à democracia porque resulta de visões pessoais de juízes, enquanto a judicialização pode ser danosa ou não, conforme o grau e a intensidade; em democracias constitucionais sempre haverá algum nível de judicialização. Conclusão: os institutos não são sinônimos; uma judicialização pode gerar decisão ativista que fira a democracia representativa, embora, em certos casos, a resposta judicial seja adequada por garantir um direito fundamental (STRECK, 2016). Ainda assim, temas políticos devem, preferencialmente, ser decididos nos demais Poderes.

A disfuncionalidade normativa e a inércia legislativa catalisam a judicialização. Em temas complexos e sensíveis eleitoralmente, o Legislativo, por vezes, adota inação deliberada, aguardando o Judiciário. Doutrinadores sustentam que o ativismo pode ser desfecho “conveniente” ao Legislativo. Contudo, nem toda lacuna normativa é omissão dolosa: matérias intrincadas exigem debate aprofundado nas duas Casas e não devem ser rotuladas sumariamente como inércia (MACHADO, 2022, p. 115). O silêncio legislativo pode expressar reflexão social, o que não autoriza o Judiciário, na ânsia de promover políticas públicas, a se antecipar à deliberação parlamentar.

Exemplificando, indaga-se se grupos com condições genéticas ou hormonais (p. ex., nanismo) poderiam invocar a ADO 26/DF: haveria distinção entre origens do preconceito? Um grupo vulnerável vale mais que outro a ponto de justificar respostas estatais distintas? Compete ao Judiciário definir quem é vulnerável? Tais questões exigem resposta do Tribunal Constitucional.

Nos votos, Luis Fux apontou que a ação judicial pode resolver problemas políticos, morais e sociais relevantes, recomendando parcimônia. Reconheceu que, apesar do art. 5º, XXXIX, há precedentes em que o STF superou a simples declaração de mora legislativa para viabilizar norma regulamentadora. Em divergência, Marco Aurélio negou provimento à ADO 26/DF, invocando legalidade penal, separação de poderes e inexistência de mandados constitucionais de criminalização explícitos para discriminação por orientação sexual; para ele, a criminalização deve ocorrer na esfera própria, sob pena de o Judiciário tornar-se legislador positivo (art. 22, I, CF/88). No mesmo sentido, Ricardo Lewandowski advertiu que estender tipo penal a situações não tipificadas atenta contra a reserva legal.

Pelo acórdão, a maioria entendeu que, para concretizar direitos fundamentais e diante da mora legislativa, seria admissível, mesmo em matéria penal, transcender limites constitucionais, embora isso

tensione a separação de poderes. Piovezan (2021) critica o resultado: teria havido negligência com o direito fundamental e com a cláusula pétrea da legalidade penal estrita; STF e PGR — guardiões do Estado de Direito — teriam enfraquecido a Constituição e um princípio penal elementar de proteção do cidadão, descurando do texto expresso da Carta.

Em síntese, o ativismo judicial descreve uma postura proativa do Judiciário na concretização de direitos fundamentais, por vezes avançando sobre competências dos outros Poderes; a autocontenção recomenda deferência e respeito à separação de poderes (BARROSO, 2024, p. 353). A judicialização da política é fenômeno distinto, ainda que conexo (STRECK, 2016). No caso ADO 26/DF e MI 4733/DF, a equiparação da homotransfobia ao racismo, com base nos mandados constitucionais de criminalização (art. 5º, XLI e XLII) e aplicação da Lei 7.716/89, ilustra esse ponto de fricção entre tutela de direitos e desenho constitucional dos poderes (Machado, 2022; Barroso, 2024; Lima, 2021; Neves, 2023; Piovezan, 2021; Streck, 2016; Ives Gandra Martins, 2019; Adam Przeworski apud Pedrom, 2022).

5 CONCLUSÃO

Convém retomar uma reflexão de Streck (2016) que se utiliza para identificar a conduta judicial ativista: “A decisão (uma determinada decisão), nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares?”

A arena constitucional precípua para o debate das questões supramencionadas é, e sempre será, o Parlamento. É nesse foro que os representantes populares exercem seus múnus, na defesa das políticas públicas almejadas por seu eleitorado. A democracia se define, em sua essência, como o governo da maioria popular, exercido por meio de representantes eleitos em pleitos periódicos. A parcela que se vê vencida no embate político não pode, pois, recorrer ao Poder Judiciário para impor sua vontade em detrimento da maioria. Caso contrário, transitaríamos de uma democracia para uma juristocracia. Embora seja inquestionável que as minorias não podem permanecer desamparadas, mormente no que concerne à fruição dos direitos fundamentais previstos na Constituição, a atuação do Judiciário na concretização desses direitos deve pautar-se pelos limites impostos pelo constituinte, sobretudo o dogma da Separação dos Poderes.

A decisão proferida pela Suprema Corte, embora motivada pela louvável proteção dos direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+, revela uma extrapolação dos limites constitucionais impostos à atuação do Poder Judiciário. Ao enquadrar condutas homofóbicas e transfóbicas no âmbito da Lei nº 7.716/89 (Lei de Racismo), o Supremo Tribunal Federal efetivamente estabeleceu uma nova

tipificação penal por meio de interpretação analógica, atribuição que, à luz do Princípio da Separação dos Poderes e da estrita legalidade penal, compete exclusivamente à esfera Legislativa.

A mera ausência de legislação sobre determinado tema, por si só, não conduz à conclusão de que o Parlamento se encontra em mora e, por conseguinte, incorrendo em violação constitucional. Conforme anteriormente assinalado, certos temas são de complexidade intrínseca e exigem debates aprofundados entre os parlamentares. A opção pela não criminalização de determinada conduta pode refletir a vontade da maioria, e isso não configura, necessariamente, um vício de inconstitucionalidade. Desse modo, a inação do Legislativo não confere ao Poder Judiciário a prerrogativa de legislar sobre matéria específica. Admitir o contrário implicaria a necessidade de uma lei para atestar a ausência de respaldo democrático para uma determinada manifestação, ou seja, uma lei para declarar a desnecessidade de outra norma regulamentadora, o que seria deveras paradoxal e absurdo.

Quando o Poder Legislativo se depara com impasses em assuntos de natureza polêmica, o Poder Judiciário frequentemente assume o papel decisório, independentemente da existência de legislação específica. Observa-se, portanto, um processo gradual de translação de determinadas questões políticas para a esfera judicial. Em momentos de incapacidade do Poder Legislativo em alcançar consenso sobre temas controversos, o Judiciário é instado a intervir e solucionar tais questões, com ou sem respaldo normativo explícito. Nota-se, assim, que parcelas significativas do poder político vêm sendo paulatinamente absorvidas pelo âmbito jurisdicional. Este fenômeno, em que o Judiciário é convocado a atuar na resolução de controvérsias quando o Legislativo se mostra inerte, mesmo na ausência de normas autorizativas, evidencia uma transferência de poder que pode configurar uma grave violação da Separação dos Poderes.

Da ponderação dos argumentos expostos, depreende-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal se caracterizou por seu caráter ativista, tendo a Corte Suprema transbordado os limites de sua competência constitucional ao atuar como instância legislativa, criando tipo penal mediante raciocínio analógico. Inexiste no ordenamento jurídico pátrio qualquer fundamento que autorize a tipificação criminal via decisão judicial. O Princípio da Legalidade, pedra angular do Direito Penal, constitui um imperativo inarredável para qualquer Estado que se pretenda Democrático de Direito, não admitindo exceções por intervenção da magistratura. A observância à Legalidade, em seus múltiplos aspectos, representa um mandamento para todos os Poderes constituídos, seus órgãos e toda a sociedade.

A missão de conferir efetividade à Constituição e concretizar os direitos fundamentais nela previstos é digna de apreço, mas não pode servir de supedâneo para que o Poder Judiciário usurpe as competências atribuídas aos outros Poderes. A decisão em tela representa um paradigmático exemplo da tensão institucional entre os Poderes, em que o vácuo legislativo sobre tema socialmente relevante

propiciou a expansão da atuação judicial para além de suas fronteiras tradicionais. Este fenômeno, conquanto possa produzir resultados socialmente desejáveis no curto prazo, suscita legítimas preocupações quanto à segurança jurídica e à preservação do equilíbrio fundamental entre os Poderes da República.

Conclui-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, ao proferir julgamento na ADO nº 26 e no MI nº 4733, extrapolou os limites de sua competência constitucional, configurando uma típica manifestação de ativismo judicial que, independentemente de seus efeitos práticos imediatos, fragiliza os alicerces do Estado Democrático de Direito e o sistema de freios e contrapesos que lhe é inerente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 12. ed. 2024.

BRASIL. STF. MI nº 4733/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Data de Julgamento: 22/08/2023. Tribunal Pleno. data de julgamento: 08/09/2023, data de publicação: 11/09/2023

BRASIL. STF. ADO nº 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 22/08/2023. Tribunal Pleno. Data de julgamento: DJe, 08/09/2023; data de publicação: 11/09/2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 38. ed. 2024. CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. Volume Único, 8. ed. 2020. FILHO, Fernando Fortes Said. Teoria da Separação dos Poderes no Brasil: por uma necessária (re)leitura a partir do Poder Judiciário. 2020.

GRILO, Ludmila Lins. O inquérito do fim do mundo, a ruína das liberdades e a luta pelo Direito. In: O inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro.

PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes (org.). 1ªed. Londrina: Paraná. Editora: E.D.A- Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

HOBBS, Thomas. Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução: Rosina Angina. 2014.

HUNGRIA, Nelson. Comentários do Código Penal. Volume I, Tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

LIMA, Henrique Cunha. Sereis como Deuses: O STF e a subversão da Justiça. 1. ed. 2021.

MACHADO, Alvaro Augusto Lauff. Ativismo Judicial: Direito e Democracia. 2022. MARTINS, Ives Gandra. Consequencialismo no Poder Judiciário. 2019. MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Tradução: Cristina Muracho. 2000.

NEVES, Isadora Ribeiro. Ativismo Judicial e Judicialização da Política: três perguntas fundamentais para uma distinção. 2023. Disponível em: scholar.google.com.br. Acesso em: 12 de jan. 2025.

PEDROM, Laura Freiras. Crises da Democracia de Adam Przeworski. 2022. PIOVEZAN, Claudia R. de Moraes. Sereis como Deuses: O STF e a subversão da Justiça. 2021.

RIBEIRO, Ana Célia de Sousa. Ativismo Judicial do STF e Reações do Poder Legislativo: meios de contenção do poder e instrumentos de diálogos institucionais. 2022.

STRECK, Lênio Luís. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. 2016.