

# OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO STF: ativismo e autoconção na criminalização da homofobia e da transfobia<sup>1</sup>

*Pedro Borges de Lima Salgado (UNIVEL)<sup>2</sup>*

*Alessandra Brustolin (UENP)<sup>3</sup>*

**RESUMO:** O STF tem como função principal assegurar o cumprimento dos comandos constitucionais da CF/88 (1988). No entanto, muito se discute sobre a legitimidade de sua atuação em certos momentos. Os debates acerca do julgamento conjunto do MI nº 4733 e da ADO nº 26, por exemplo, que trataram da criminalização da homofobia e da transfobia, não trazem consenso sobre o tema à comunidade jurídica. Por isso, o problema que se coloca é, a postura ativista do STF na criminalização da homofobia e da transfobia foi adequada? Foi possível concluir que embora o avanço em direção à igualdade se inicie pelo reconhecimento das desigualdades e que a Corte exerce um papel importante nesse sentido, as envergaduras da atuação judicial ativista precisam ser analisadas a cada caso e os ruídos a longo prazo precisam ser monitorados. No caso específico do MI nº 4733 e da ADO nº 26, vê-se a possibilidade de que a Corte tivesse promovido mudanças sociais mais significativas e profundas se atuasse de forma autocontida.

**PALAVRAS-CHAVE:** Funções do STF; Separação dos Poderes; Ativismo Judicial; Homofobia; Transfobia.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao Supremo Tribunal Federal (STF) cabe, em essência, garantir a observância da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88). Entretanto, além das atribuições da Corte – de caráter jurisdicional – expressas na Constituição, existem também atribuições implícitas que fazem com que o STF caminhe sobre atividades legislativas e administrativas imanentes à natureza dos outros dois Poderes.

A partir disso, Barroso (2020, p. 200-201) sustenta que, ao cumprir com suas

---

<sup>1</sup> VIII ENADIR, GT17, Homofobia, transfobia e outras violências.

<sup>2</sup> Acadêmico do curso de direito no Centro Universitário UNIVEL.

<sup>3</sup> Doutoranda e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professora do Curso de Direito. Advogada.

competências, o STF desempenha uma tríade funcional: a) *contramajoritária*, derrogando decisões do Congresso Nacional ou do Presidente; 2) *representativa*, atendendo carências sociais; e 3) *iluminista*, quando, de maneira excepcional e independentemente do Congresso ou de qualquer apoio popular, age para proteger minorias ou defender direitos fundamentais.

Na diligência de suas atribuições, sobretudo a sua função iluminista (BARROSO, 2020), o STF acaba por protagonizar discussões relacionadas aos limites de sua atuação. De um lado, sustenta-se que o seu posicionamento ativista caracteriza uma atuação judicial excessiva, ferindo a Separação dos Poderes e adentrando na esfera político/legislativa. Por outro lado, argumenta-se que a decisão, às vezes ativista, age em prol de avanços históricos, jurídicos e sociais com o fim de garantir a proteção de direitos fundamentais a grupos desfavorecidos na esfera social.

Diante disso, a presente pesquisa orienta-se pela seguinte pergunta: em que medida o protagonismo do STF, ocupando-se de sua função *iluminista*, contribuiu para a efetivação de direitos nas decisões ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) nº 26 e MI (Mandado de Injunção) nº 4733, na sociedade? Para isso, a realização do presente trabalho tem como metodologia de pesquisa o método hipotético-dedutivo, com técnicas de pesquisa bibliográfica e análise de decisões judiciais.

Assim, examinar as funções do STF, em especial a “função iluminista”, ante os limites constitucionais de sua atuação em face da Separação Tripartite dos Poderes, permitirá que se visualize em que medida esse protagonismo contribui para a efetivação de direitos de grupos menos favorecidos, como no caso da criminalização da homofobia e da transfobia. O trabalho é dividido em três partes: apresentação das funções do STF com base nas classificações de Barroso (2020); análise dos limites constitucionais de atuação da Corte; e análise das decisões do Supremo, ADO Nº 26 e MI nº 4733.

## **2 AS FUNÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

No Brasil, a divisão dos Poderes reservou ao Judiciário a função de jurisdição do Estado, controlando a constitucionalidade de leis e atos normativos realizados pelos outros Poderes (MACHADO, 2006, p. 113). Para isso, reservaram-se garantias imprescindíveis ao exercício da democracia a seus membros a fim de que se mantivessem independentes, possibilitando a verdadeira aplicação de princípios basilares do Direito, como também da CF/88 (MORAES, 2008, p. 498-499).

Nesse sentido, a CF/88 instituiu ao STF a atribuição de processar e julgar ações diretas,

*habeas corpus*, recursos ordinários e extraordinários, dentre outros tipos de ações judiciais – tipificando sua função jurisdicional (BRASIL, 1988). Ademais, pelo exercício de guardião da constituição, atribuíram-se competências implícitas que vão mais à frente das que a CF/88 lhe remete (MENDES, 2021, p. 2175), funções de natureza dos outros dois Poderes da República (MORAES, 2008, p. 498).

Essas incumbências afastam qualquer espécie de ação estatal com características absolutistas, visto que os Poderes do Estado, além de cumprirem cada um suas próprias funções, também “fiscalizam” a atividade do poder alheio por meio de mecanismos de controle recíproco, impedindo que desrespeitem o caráter democrático de um país republicano (MORAES, 2008, p. 402).

Dos papéis específicos do Poder Judiciário, no STF, em especial, além das funções ordinárias que se caracterizam pela aplicação do direito infraconstitucional a situações concretas, que vão do julgamento de parlamentares, na seara criminal, à solução de conflitos de competências entre tribunais, tem-se também, como atividade principal, o exercício da jurisdição constitucional, que se traduz a três distintas funções, conforme Barroso (2018, p. 107): *contramajoritária*, *representativa* e *iluminista*.

*Contramajoritária*, dado ao fato dos magistrados, não eleitos, julgarem pela (in)validade de decisões ou atos do Congresso Nacional e do Presidente da República, que representam o povo de quem receberam os votos e a vontade da maioria (BARROSO, 2020, p. 200). Barroso explica que o papel *contramajoritário* é exercido, normalmente, pelas supremas cortes, com parcimônia (2020, p. 473).

*Representativa*, exercida pelo STF nos casos em que o Poder Legislativo não atende a demandas sociais com amparo constitucional. Nessa senda, o Poder Judiciário cumpre com o que a sociedade aclama, isto é, atende à demanda da maioria, como no caso do nepotismo, em que, por decisão do plenário, o STF declarou inconstitucional a contratação de cônjuge, companheiro ou parentes para o exercício de funções de confiança na estrutura dos Poderes da República (BARROSO, 2020, p. 477).

E, por fim, *iluminista*, que o Supremo exerce sobrepondo aspectos racionais ante situações, episódios e entendimentos ultrapassados, de acordo com o entendimento dos Ministros da Corte.

Barroso explica a função iluminista do STF da seguinte forma:

É o papel que excepcionalmente as cortes constitucionais exercem, independentemente da vontade do Congresso e mesmo contra a maioria popular, para proteger minorias e avançar a história. Exemplos: nos Estados

Unidos, a decisão da Suprema Corte, de 1954, que proibiu a segregação racial em escolas públicas; no Brasil, o julgamento que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. (BARROSO, 2020, p. 200 – 201).

Se discute, portanto, que o exercício da jurisdição, nessa seara indicada por Barroso, caracteriza a ocorrência de posicionamentos proativos do STF, ou seja, legitimam decisões judiciais ativistas, discussão essa que inicia o debate sobre o *ativismo judicial* (RIBEIRO, 2019, p. 70-71).

Em contrapartida ao posicionamento acima mencionado, segundo o qual ao STF incumbe o papel de vanguarda iluminista em situações excepcionais, diz-se que o posicionamento ativista da corte, embora a dificuldade em estabelecer critérios objetivos para conceituar a situação, pode-se relacionar a uma atuação judicial excessiva, fora dos limites de sua competência (JORDÃO PORTILHO; GONÇALVES; BARBOSA, 2020, p. 6).

Não obstante, pode-se ainda depreender, como contraponto às ideias de Barroso, que o ativismo judicial, mesmo que legitimado por momentos históricos, é um modelo inconveniente do Judiciário aos olhos da Separação dos Poderes do Estado (RAMOS, 2017, s/p).

Isso, pois, caracteriza uma falta de deferência do Supremo à autoridade dos outros Poderes legal e constitucionalmente legitimados a atuar diante de omissões legislativas (TORRES, 2022, p. 30).

Além disso, vê-se que, da existência da prática judicial ativista, surge o problema e a discussão de qual é o limite dessa legitimidade no exercício de interpretar dispositivos legais e a CF/88 por meio de mecanismos de criação judicial do direito (CRESCÊNCIO, 2019, p. 18).

No caso, outro problema apontado ante o ativismo judicial, bem como a função iluminista do STF, vem quanto ao modo pelo qual juízes e ministros têm investidura aos seus respectivos cargos, uma vez que não possuem eleição por meio da vontade popular (TORRES, 2022, p. 30-31).

Apesar disso, atuam desempenhando um papel político que não poderia ser associado à Corte formada por pessoas que, essencialmente, necessitam ocupar posição distante de qualquer cunho e entendimento político em relação ao Direito, já que é necessária a existência de imparcialidade na análise de casos judiciais.

Nesse sentido, considerando a existência desses posicionamentos discordantes e pela necessidade na compreensão acerca dos limites de comportamento do STF, é preciso expor sobre a divisão das funções e atribuições de cada Poder do Estado.

### 3 OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DE ATUAÇÃO DO STF

A atuação dos Poderes da República estrutura os pilares democráticos nacionais. A atividade legiferante do Congresso Nacional, com caráter extremista; o Poder Judiciário que decide além das linhas de sua atuação; ou ainda, um Poder Executivo desrespeitoso à Constituição, por óbvio, impossibilitariam a convivência em sociedade. Diante disso, a construção dos Três Poderes distintos, autônomos e independentes entre si, permite que a formação de um Estado Democrático de Direito seja, de fato, atingível (BRASIL, ART. 2º, 1988).

Nessa razão, afasta-se qualquer espécie de ação estatal com características absolutistas, visto que os Poderes do Estado, além de cumprirem cada um com suas próprias funções, “fiscalizam” a atividade do poder alheio por meio de mecanismos de controle recíproco, impedindo que desrespeitem o caráter democrático de um país republicano (MORAES, 2008, p. 402).

A CF/88 expõe, em seu segundo artigo, que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). O objetivo da separação é de salvaguardar liberdades individuais ao garantir o equilíbrio político e institucional na estruturação e na divisão de funções dentre os entes estatais. Para Dimoulis (2008, p. 145-146), tal objetivo é perseguido de duas maneiras: “[...] impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões [...] e estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais”.

O parcelamento do poder no Estado motiva um maior equilíbrio social, já que cada um exerce sua própria função, como também conduz com estabilidade o convívio governamental, pois, apesar de harmônicos e independentes, controlam-se mutuamente para evitar abusos e arbitrariedades.

O fato de desempenhar função diferente do natural não há de ferir princípio ou disposição da separação dos Poderes, visto que é assegurada constitucionalmente. O Legislativo, conforme exemplo, tem como uma de suas funções típicas a prática legiferante comum, bem como a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Executivo, conforme art. 70 da CF (BRASIL, 1988). Em contrapartida, em caráter atípico, dispõe sobre sua organização, provendo cargos, concebendo férias, licenças a servidores, e ainda, julgando o Presidente da República nos casos de crime de responsabilidade cometidos por ele (MORAES, 2008, p. 408).

Quanto ao Poder Executivo, a título de exemplo, pratica atos de chefia de Estado, de

Governo e de administração como função típica, vide artigos 76 a 91 da CF/88 (BRASIL, 1988). E quanto as suas funções atípicas, julga e aprecia processos administrativos (contencioso administrativo) e, também, na pessoa do Presidente da República, editando as chamadas Medidas Provisórias (GOUVEIA; AMARAL, 2008, p. 6-9).

Por outro lado, o Poder Judiciário tem como incumbência típica a prática jurisdicional, aplicando a lei em casos concretos e dirimindo conflitos que lhe são levados. Se ocupa das outras funções, exercendo independência ao estabelecer seu regimento interno (legislando), como também administrando, em sede executiva, seus serviços e servidores, ao conceder licenças e férias a magistrados, por exemplo (GOUVEIA; AMARAL, 2008, p. 19-22), conforme expõe o artigo 96, inciso I, alínea “f” da CF/88 (BRASIL, 1988).

Todos exercem uma função típica, inerente e ínsita a sua própria natureza (MORAES, 2008, p. 405); entretanto, caminham também sobre as funções dos outros dois Poderes. Verifica-se, segundo Machado (2006, p. 88-90), uma espécie de “entrelaçamento” de competências, que estabelece uma interdependência de cada função e atribuição dos Poderes, conduzindo essa esquematização ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*): o Executivo participa do Legislativo e do Judicial, por meio do veto jurídico e mediante o direito de perdão; o Executivo preenche cargos públicos e ratifica tratados, com o consentimento do Legislativo que, a partir disso, desempenha sua função Judicial de controle de constitucionalidade; e, ainda, aos tribunais, faculta-se o poder de estabelecer suas próprias regras de procedimento.

Mas, diante do todo exposto, por que se fala de um protagonismo judicial mesmo à luz dessa divisão de Poderes?

A insegurança jurídica do século XX, trazida por regimes autoritários nesse contexto histórico, protagonizados, na maioria das vezes, na imagem do Executivo, ensejou uma maior valorização da Justiça (Poder Judiciário) como detentora de maior racionalidade e imparcialidade frente à política “radical” adotada por Chefes de Estado (CONTE FILHO, 2021, p. 25-27).

Diversos exemplos jurídicos puderam confirmar o avanço da jurisdição constitucional em face à política majoritária. A constitucionalidade de os Estados Unidos realizarem testes com mísseis em solo canadense, a construção de um muro entre a fronteira de Israel e da Palestina, a preservação de um Estado laico na Turquia são exemplos em que as respectivas Cortes Constitucionais agiram e decidiram sobre temas que, via de regra, residem no âmbito do Legislativo e Executivo (BARROSO, 2009, p. 23).

A conjuntura citada pôde justificar o início de um protagonismo do Judiciário. Como se

pode observar, entretanto, não é causa exclusiva no contexto brasileiro. Barroso (2009, p. 24) evidencia esse processo com a redemocratização do país, sobretudo pela promulgação da CF/88 e de sua abrangente constitucionalização, que trouxe diversas matérias de interesse da política majoritária para o Poder Judiciário, em suas palavras: “[...] a Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador [...]” (BARROSO, 2009, p. 24).

Outro motivo que justifica a judicialização no Brasil é o sistema de controle de constitucionalidade adotado que, segundo Barroso (2009, p. 24), é um dos mais abrangentes do mundo e, por conseguinte, permite levar quase qualquer questão política ou moralmente relevante aos olhos do STF.

Contudo, em alguns casos, observa-se que as decisões proferidas ultrapassam as atribuições supracitadas, tendo em vista que se analisa o caráter extralegal em alguns julgamentos, isto é, decide além do que versam os dispositivos do ordenamento jurídico. Um exemplo prático e, além disso, um marco histórico é o julgamento *Brown vs Board of Education* (*Brown v. Board of Education* – Junta Escolar) da Suprema Corte dos Estados Unidos, no ano de 1954, que decidiu pela inconstitucionalidade da segregação racial presente nas escolas públicas do país.

A época marcou o início do Ativismo Judicial como conceito concreto dentro das discussões jurídicas. O termo ficou conhecido em meados da década de 50 quando a corte americana, presidida por Earl Warren (1954 - 1969), recebeu esse “rótulo”. Eis que suas jurisprudências tinham caráter progressista em relação à defesa de liberdades civis, sobretudo às liberdades de expressão e religião (LIMA, 2013, p. 52).

Por isso, constata-se que, em alguns raros casos, o Poder Judiciário ultrapassa as funções típicas de maneira mais à frente do que as próprias funções atípicas acima citadas. O caso não se demonstra apenas nas supremas cortes estrangeiras, é possível observar diversas ocasiões em que o Supremo Tribunal Federal atuou além de suas funções indicadas.

A contrapartida à teoria que defende o ativismo judicial é dada pela corrente doutrinária que defende a autocontenção judicial (*self restraint*), em que a atuação do Supremo deve cumprir um papel de deferência ao Poder Legislativo, verdadeiro legitimado a atuar dentro das atribuições de criação legislativa no ordenamento jurídico. Isso consiste em uma interferência reduzida do Judiciário, eis que não possui integrantes legitimados pela sociedade a tratar sobre assuntos de cunho político (CAMARGO, 2016, p. 256).

Em vista disso, argumenta-se ainda que o ativismo judicial, por caracterizar uma atividade além daquela que o órgão jurisdicional é responsável, viola o princípio da Separação dos Poderes do Estado (VITÓRIO, 2011, p. 76). Motivo pelo qual se justifica a deferência para

que o Poder Judiciário deve tomar diante de possíveis casos que levem à criação judicial do Direito pelo Supremo (VITÓRIO, 2011, p. 157).

#### **4 O PROTAGONISMO DO STF NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO ILUMINISTA E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA**

Um caso prático em sede brasileira é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS), assim como o Mandado de Injunção (MI) nº 4733, impetrado pela ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros), que levou ao Supremo Tribunal Federal (STF) a questão da homofobia e transfobia no tocante à omissão legislativa por parte do Congresso e, sobretudo, à proteção penal em relação a esta minoria da sociedade, a comunidade *LGBTQI+* (THAMAY; SEIXAS, 2022, p. 4).

No caso, o vácuo ocasionado pela omissão do Poder Legislativo em criar dispositivos normativos para garantir os direitos fundamentais desse grupo vulnerável é que legitimou a análise pelo STF da demanda judiciária. Com o objetivo de sanar a lacuna existente, procurou-se o Supremo com base no argumento de que a CF/88 impõe, em seu artigo 5º, inciso XLI (BRASIL, 1988) que: “A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Diante do exposto, o plenário da Corte decidiu, em maioria, pela equiparação da homofobia como forma de racismo e, ainda, solucionou a ausência legislativa, criminalizando a conduta, com a interpretação do STF de maneira conforme a Constituição, enquadrando aos mesmos dispositivos do racismo os atos homofóbicos e transfóbicos (VALENTE, 2020, p. 40).

Apesar da tese acordada ter sido proferida em sede de maioria, muito se discute sobre os conflitos e a postura ativista tomada em face dos princípios da legalidade, da separação de poderes e, conseqüentemente, da analogia *in malam partem* atribuída ao caso (VALENTE, 2020, p. 41).

Em relação a essa postura ativista do Poder Judiciário, em especial ao STF, debate-se sobre uma de suas funções, a função *Iluminista*. Barroso explica que, ao longo da história, alguns avanços são necessários ao desenvolvimento social, em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e, inclusive, a vontade majoritária da sociedade. Cita, além de tudo, alguns exemplos emblemáticos, como a abolição da escravidão, a proteção de mulheres, negros e homossexuais, que nem sempre puderam ser abordados adequadamente pelos meios legais de reivindicação social, mas que foram abordados pelo Judiciário (BARROSO, 2017, p. 37).

Assim é que se tem a denominada função *iluminista* para o Ministro, a responsável por submeter a vontade à razão, prestando avanços sociais aos olhos de quem defende os direitos fundamentais.

É possível, para mais, visualizar outras decisões consideradas iluministas no sentido que foi exposto. O reconhecimento pelo STF das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, estendendo a eles o regime jurídico aplicável às uniões heteroafetivas, é um aclarado exemplo (BARROSO, 2017, p. 45).

Outrossim, o extenso conteúdo da Constituição Brasileira leva ao STF diversas demandas. Essa judicialização incessante tem como consequência o ativismo judicial como uma atitude, uma escolha proativa de interpretar a Constituição (BARROSO, 2018, p. 137-140).

No caso concreto que é discutido, parte do entendimento jurídico compreende que não há como comparar ou equiparar a decisão do STF a atos normativos oriundos do Poder Legislativo, eis que não houve criação de norma penal por decisão judicial, mas sim uma compatibilidade de condutas sociais denominadas como racismo (THAMAY; SEIXAS, 2022, p. 23-24).

Diante disso, argumenta-se que atuações do Tribunal serão justificadas quando houver ameaça, como essa, de direito fundamental ou à democracia, mas, apesar disso, quando o Poder Legislativo estiver encarregando-se de uma possível demanda que também foi levada à Corte, a postura do Judiciário deve ser de autocontenção, de deferência quanto ao assunto (BARROSO, 2020, p. 201).

É importante esclarecer que, se o Congresso deveria ter atuado, mas não quis ou não conseguiu, por falta de consenso mínimo, o quadro de deferência e autocontenção segue o mesmo, a fim de resguardar a estrutura institucional do Estado; entretanto, no caso em tela, segundo Barroso (2020, p. 201-202), trata-se de omissão inconstitucional ao não cumprir o disposto da Constituição, e não simples escolha livre do legislador.

Vê-se, ante o exposto, que é impossível existirem leis regulando todos os fatos diante de um corpo social tão grande e, por conta disso, avista-se a necessidade do Juiz legislador quando identificadas reivindicações olvidadas, ou mesmo preteridas pelo Poder Legislativo.

Barroso (2020, p. 202) ainda traz a analogia de que todo mundo se equilibra durante a vida, e isso vale para todos, como em um espetáculo, onde o equilibrista encontra-se em uma corda bamba, por vezes a plateia pode achar que está voando, e nisso não há objeções; todavia, é dever do equilibrista saber que está se equilibrando, já que “[...] se achar que está voando, ele vai cair. E na vida real não tem rede. Pois uma corte deve atuar do mesmo modo que a vida deve ser vivida: com valores, com determinação, com a leveza possível e com humildade”

(BARROSO, 2020, p. 202).

O equilíbrio da autocontenção judicial (prudência) e do ativismo (ousadia) dá legitimidade à atuação do STF. Entretanto, a linha tênue entre esse meio não é muito clara, tampouco fácil de ser compreendida, eis que não existe declaração exata nem harmonia no conhecimento de até onde é permitido desempenhar suas responsabilidades.

Por isso, deve-se observar, a partir disso, o ponto chave desse trabalho. Argumentos sob outra perspectiva que, essencialmente, buscam cumprir com o que dispõe a CF/88 e respeitar os limites processuais da interpretação do direito, correspondendo ao panorama da autocontenção judicial, antagônica à corrente do ativismo jurídico.

O Ministro Ricardo Lewandowski, durante seu voto na ADO nº 26 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2019), esclareceu, por conseguinte, que é legítimo reconhecer a mora legislativa, em legislar em proteção desses grupos minoritários. Contudo, entende que, apesar da repugnância que as condutas provocam, apenas o Poder Legislativo poderia criminalizar tais condutas, isto é, seria imprescindível a existência de lei em sentido estrito no caso. Nesse prisma, tanto ao caso concreto, o posicionamento e a atuação de maneira expansiva, bem como à postura ativista demonstram os aspectos além da devida atuação da corte que acabam por ferir a Separação dos Poderes, como esclareceu o Ministro.

Apesar de tais decisões atenderem princípios morais em relação a demandas sociais não compreendidas por leis, continuam sendo contrárias à devida e constitucional atuação do Poder Judiciário defendida por Lewandowski na ADO nº 26 (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019), como exemplo. A relação entre o Ativismo Judicial e a função Iluminista da Corte é diretamente ligada. É importante, em razão disso, visualizar até que ponto o STF deve atuar diante de sua função iluminista, visto que nenhum Poder deve se sobrepor a outro.

Em contrapartida à questão de que não houve criação de norma penal por decisão judicial, entende-se que, apesar disso, permanece o fato de que uma conduta que antes não se tratava de objeto de persecução penal, agora o é, esclarecendo a mudança do ordenamento jurídico e a tipificação de um novo dispositivo: a criminalização da homofobia com a equiparação ao crime de racismo (VALENTE, 2020, p. 44). Ademais, fazendo uma análise do tipo penal que tipifica como crime os atos de racismo, vê-se que não há nenhuma alusão a qualquer preconceito à “diversidade de gênero sexual”.

Coloca-se em xeque a fundamentação ativista quando se eleva a importância do princípio da legalidade, visto que, apesar de precipuamente o Estado se utilizar dele para proteção de bens jurídicos e sancionar quem os viola, o princípio também ampara e é garantia a quem, justamente, o Estado pune. Nesse caso, quem comete crimes tem a garantia de que sua

punição não será outra senão aquela já prevista (VIEIRA JUNIOR, 2021, p. 117).

No mesmo sentido do que se expõe, o Ministro Marco Aurélio, em seu voto, fundamentou em respeito à separação dos Poderes, que não há qualquer viabilidade ao STF esvaziar o sentido literal do tipo penal, mediante complementação de outros – homofobia e transfobia. O texto do tipo penal, quando versa sobre “preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, não contempla o contexto da orientação sexual de qualquer pessoa (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

No caso em tela, a usurpação da competência do Congresso Nacional, de fato, não é a resposta correta para o problema, já que a legislação sobre a matéria, apesar de necessária, não deve ser criminalizada, senão na esfera de quem a CF/88 confere o poder. Por isso, é necessário que se observe a primordial independência entre os Três Poderes, cada um com sua atribuição (VIEIRA JUNIOR, 2021, p. 119-120).

Portanto, uma decisão judicial que tem como pilares princípios constitucionais como o da igualdade, quando vai de encontro a outros valores essenciais à ordem democrática, como o princípio da legalidade e o da separação de poderes, por exemplo, não deve se sustentar. A configuração de qualquer espécie de incriminação penal por efeito de decisão judicial não é compatível, por óbvio, com a função jurisdicional do Poder Judiciário. (JUSTINO DE MORAES et al, 2021, p. 21).

Diante disso, verifica-se que houve nesse cenário omissão inconstitucional por parte do Poder Legislativo, já que, durante muito tempo, discutiu, sem qualquer resultado, sobre questão importante às comunidades homo e transsexual. Todavia, a aplicabilidade de princípios do Direito não foi observada na devida maneira no tocante às decisões ora aludidas.

O Poder Judiciário, no corpo e dentro das funções do Supremo Tribunal Federal, não pode legislar. No mesmo sentido, muito embora existam entendimentos distintos sobre o ato de ter legislado ou apenas modificado o entendimento quanto ao conceito de “raça”, no caso o fato é que uma conduta que antes não era penalmente punível, assim tornou-se (VALENTE, 2020, p. 44). Por isso, tendo em conta tudo o que fora apresentado, constata-se a atuação imprecisa do STF.

Dessa maneira, vê-se que o Poder Judiciário deveria ter atuado de forma autocontida para apenas “notificar” o Congresso Nacional, com prazo razoável a concluir e sanar a demanda legislativa. Agindo assim, evitaria grave inobservância de pilares do Estado Democrático de Direito e cumpriria o disposto em princípios, como o da vedação à analogia *in malam partem*, da Separação dos Poderes e, principalmente, da reserva absoluta de lei formal no campo da tipicidade penal (TORRES, 2022, p. 62).

Finalmente, o próprio Ministro Lewandowski aborda o assunto fazendo alusões à insegurança jurídica que a decisão pela criminalização das condutas traria. Muito embora direitos e garantias fundamentais sejam observadas de forma ampla, o Direito Penal não permite a mesma visualização desafogada, eis que sua interpretação deve se dar de maneira estrita. Sem qualquer embargo, destacou que não se admite, no caso concreto, a aplicabilidade de outras leis para abarcar situações em que existem omissões por parte do Legislativo (TORRES, 2022, p.62).

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar a “função iluminista” e o limite legítimo da atuação do Supremo Tribunal Federal em face à Separação dos Poderes do Estado, por meio do estudo de pesquisas que abordaram princípios estruturais da Constituição Federal e a aplicação desses a dois casos práticos no ordenamento jurídico: o Mandado de Injunção nº 4733 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que levaram à Corte o cenário da criminalização da homofobia e da transfobia.

Diante das funções do Supremo Tribunal Federal, com base na doutrina de Barroso, foi possível verificar três frentes de atuação do Tribunal: *contramajoritária*, *representativa e iluminista*. A análise da função *iluminista* do STF, essencialmente, e de seus desdobramentos em casos concretos permitiu visualizar momentos em que o Ministro Barroso, por exemplo, justifica a atuação mais ativa da Corte com o fundamento de que uma de suas funções é, por certo, agir de maneira ativista em momentos emblemáticos da sociedade. Entretanto, observa-se que essa atitude desrespeita a própria divisão dos Poderes disposta na CF/88.

Verificou-se, no adamento da pesquisa, que a mora legislativa do Congresso Nacional é inquestionável na interpretação dos ministros do Supremo, já que, de fato, a demora foi exagerada em concluir o Projeto de Lei que almejava a criminalização da homofobia e transfobia. Todavia, o objeto da discussão não possui caráter político, e sim jurídico, de coerência do julgamento com todo o conteúdo processual brasileiro.

Por isso é que se discute sobre sua legitimidade, a observância de princípios que não foram respeitados, como o da analogia *in malam partem* ou mesmo da legalidade, invalidam o emprego da interpretação conforme à Constituição para criminalizar condutas no Brasil. Não obstante, observou-se que o instrumento utilizado para alcançar o objetivo de criminalizar as referidas condutas não é o adequado.

Apesar de não terem sido criados dispositivos de lei pelo Tribunal, a equiparação da

homofobia e da transfobia ao racismo criminalizou uma conduta que antes não se caracterizava como crime. A própria CF/88 leciona que apenas ao Poder Legislativo se atribui tal responsabilidade. Ou seja, o conteúdo decisório, além de não corroborar com princípios jurídicos e processuais, também não se preocupa com a separação de funções de cada Poder do Estado.

Por isso, vê-se que o posicionamento do STF no julgamento conjunto do MI nº 4733 e da ADO nº 26 não levou em conta diversos princípios basilares do direito que deveriam ser observados.

Diante de todo o apresentado, conclui-se que, apesar da legitimidade em clamar por mudanças no conteúdo legislativo, para que, de fato, criminalizasse a conduta, observa-se que o caminho mais adequado de atuação do STF, nesse caso, parece ser de autocontenção, em deferência ao Poder Legislativo, e não de ativismo. Deveria, portanto, apenas cientificar o Congresso Nacional, atribuindo prazo máximo de conclusão do pleito legislativo.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal** / Luís Roberto Barroso. – 2. Reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 20 abr. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** / Luís Roberto Barroso. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênica: um olhar sobre o Brasil e o mundo** / Luís Roberto Barroso. – 1. Ed. – Rio de Janeiro> História Real, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do BRASIL**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26 DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 13/06/2019. Publicado: Dje 28/06/2019. Voto Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2022.

CAMARGO, Gerson Ziebarth. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**. Umuarama, v. 19, n. 2, p. 233-264, 2016.

CONTE FILHO, Sérgio Caetano. **Ativismo Judicial e Mandados de Injunção: Implicações na Separação dos Poderes**. Sérgio Caetano Conte filho. – Goiânia: Kelps, 2021.

CRESCÊNCIO, Ivianny Luíza Gonçalves. **Ativismo Judicial e Democracia: uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal na ADO 26 e no MI 4733**. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/12946>. Acesso em: 04 set. 2022.

DIMOULIS, Dimitri. **Significado e atualidade da separação de poderes**. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo. Os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Organização dos poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 4, n. 4, 2008.

JORDÃO PORTILHO, Grazielle; GONÇALVES, Me. Jonas Rodrigo; BARBOSA CALDAS, Paulo Gustavo. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF). **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, [S.l.], v. 11, n. 40, p. 04-15, mar. 2020. ISSN 2178-2008. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/183>. Acesso em: 19 abr. 2022.

JUSTINO DE MORAES, S.; PATRÍCIO TEIXEIRA, R.; SOUZA COELHO, A.; VINICIUS MORAIS SILVA, M.; GUIMARÃES DE ALMEIDA, W.; DUARTE LAGE, W. O julgamento conjunto da ADO nº 26 e do MI 4733: Uma análise sobre sua coerência e integridade com o ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 1-22, 2021. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/104471>. Acesso em: 03 ago. 2022.

LIMA, Flavia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate** / Flávia Danielle Santiago Lima. – Recife: O Autor, 2013. 300 folhas. Orientador: Gustavo Ferreira Santos. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2013.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Decisão judicial sobre políticas públicas: limites institucionais democráticos e constitucionais**. 2006. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. – 16. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Série IDP).

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. Ed. 2. São Paulo: Atlas, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **Presidente do STJ critica ativismo judicial e defende harmonia entre poderes nos limites da Constituição**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Presidente-do-STJ-critica-ativismo-judicial-e-defende-harmonia-entre-poderes-nos-limites-da-Constituicao.aspx>. Acesso em: 24 abr. 2022.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

RIBEIRO, Ana Célia de Sousa. **Ativismo judicial do STF e reações político-legislativas do Poder Legislativo: meios de contenção do poder e instrumentos de diálogos institucionais**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.

THAMAY, R. F. K.; SEIXAS, B. S. de. A supressão de Omissão Inconstitucional por meio de interpretação constitucional: a ADO 26 e o MI 4.733. **Caderno de Direito e Políticas Públicas**, [S. l.], v. 2, n. 1, 2020. Disponível em: <http://seer.unirio.br/cdpp/article/view/10094>. Acesso em: 24 abr. 2022.

TORRES, Lucas Guimarães. **Criminalização das condutas homotransfóbicas no julgamento da ADO 26 e do MI 4733-DF à luz do princípio da legalidade: crime sem lei?** São Cristóvão, 2022. Monografia (graduação em Direito) – Departamento em Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, SE, 2022. Acesso em: 27 ago. 2022

VALENTE, Ana Karenyna Guedes. **Criminalização da homofobia no Brasil: legitimidade e possibilidade por meio da ADO 26/DF?**. 2020. 50 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020.

VIEIRA JUNIOR, Jeriel. **O julgamento da ADO 26 e MI 4733 como reflexo do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal: análise da possível violação ao Princípio da Separação dos Poderes**. 2021. Disponível em: <https://www.repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13271>. Acesso em: 25 ago. 2022.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin**. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_VitorioTB\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VitorioTB_1.pdf). Acesso em: 07 set. 2022.