

DECISÕES ADITIVAS COMO REPRESENTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL? UMA ANÁLISE DA ADO 26

Elias Cândido da Nóbrega Neto¹

RESUMO: O recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO 26, cuja procedência teve como consequência prática a criminalização das condutas homotransfóbicas, aqueceu os debates nacionais acerca do fenômeno do ativismo judicial, na forma dos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal - STF e das técnicas de decisão adotadas pela Corte. Diante desse cenário, este trabalho se propõe (i) a analisar o ativismo judicial, de modo a tentar delimitar no que, de fato, consiste o fenômeno, bem como as razões pelas quais subsiste tanta polêmica em seu entorno; (ii) a estudar a figura das decisões manipulativas de efeitos aditivos, gênero decisório de origem italiana cuja incidência tem se tornado recorrente no STF; e (iii), finalmente, a relacionar os institutos por meio do exame dos votos proferidos no âmbito da mencionada ADO 26. Em termos de metodologia, utilizou-se revisão bibliográfica e revisão de julgado pelo método indutivo. Em sede de resultados, concluiu-se que (i) há uma incongruência semântica que repousa sobre o termo 'ativismo judicial'; (ii) as decisões manipulativas de efeitos aditivos, a despeito de não serem necessariamente ativistas, apresentam-se como possíveis de se lhe tornarem; e (iii) a ADO 26 é um exemplo de decisão manipulativa de efeitos aditivos ativista.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Decisões manipulativas de efeitos aditivos. ADO 26. STF.

ADDITIVE DECISIONS AS A REPRESENTATION OF JUDICIAL ACTIVISM? AN ANALYSIS OF ADO 26

ABSTRACT: The recent judgment of ADO 26 led to the intensification of national debates about the phenomenon of judicial activism, in the form of the limits of action of STF and also about the decision techniques adopted by the Court. Given this scenario, this paper proposes (i) to analyze judicial activism, in order to try to delimit what, in fact, the phenomenon consists of, as well as the reasons why there is so much controversy in its surroundings; (ii) to study the figure of manipulative decisions with additive effects, a Italian kind of decision whose incidence has become usual in the STF; and (iii), finally, to connect the topics by examining the votes in the mentioned ADO 26. In terms of methodology, a bibliographic review and a case review by the inductive method were used. In terms of results, it was concluded that (i) there is a semantic incongruity that rests on the term 'judicial activism'; (ii) manipulative decisions with additive effects, in spite of not necessarily being activists, present themselves as possible to become; and (iii) ADO 26 is an example of an activist additive manipulative decision.

Keywords: Judicial Activism. ADO 26. STF.

¹ Graduando em direito pela UFRN em mobilidade acadêmica no IDP.

1. INTRODUÇÃO

A constituição de 1988 é marco temporal de uma transformação colossal no direito brasileiro. No momento posterior à vigência da Carta, o Poder Judiciário assumiu inédito protagonismo, de forma que, movido pelo ímpeto de atuação, ou tão somente pelo dever constitucional de inafastabilidade da jurisdição, passou a exercer funções que outrora eram privativas do Legislativo e do Executivo.

A expansão da atividade jurisdicional nesse novo cenário, de forma deliberada, recebeu vulgarmente o nome de ativismo judicial e passou a ocupar lugar de especial relevância no debate jurídico contemporâneo. Ora colocado como instrumento positivo na defesa do Estado Democrático de Direito, ora visto como usurpação de competência dos demais Poderes.

Diante do contexto, este trabalho se propõe a discutir os pressupostos e as peculiaridades do fenômeno em voga, de maneira a conseguir delimitar os argumentos substanciais das correntes que lhe são derivadas. Ademais, serão estudadas, também, as decisões manipulativas de efeitos aditivos, gênero decisional de origem italiana que tem ganhado relevo na jurisprudência recente do Supremo e cuja principal característica é a transformação da norma, mediante pronunciamento judicial, por meio da adição de conteúdo. Lançar-se-á mão do recente enquadramento das condutas LGBTfóbicas no rol dos crimes de racismo, tipificados na Lei de número 7.716/89 – ‘Lei Caó’ – para discutir se as decisões manipulativas, sobretudo em sua forma aditiva, são ou não representação do ativismo judicial.

Embora tenham sido apreciados conjuntamente o mandado de injunção 4.733 e ADO 26, dar-se-á maior relevo à última, em função da maior densidade do debate e por se tratar de controle abstrato de constitucionalidade.

Em síntese, os questionamentos a que se pretende responder são: se (i) o ativismo judicial representa exercício legítimo da Jurisdição ou intromissão indevida em atribuições alheias; (ii) se as decisões manipulativas de efeitos aditivos são representação do ativismo judicial; (iii) se a ADO 26 é exemplo de decisão manipulativa de efeitos aditivos e/ou de ativismo judicial.

Para lograr êxito no caminho, far-se-á revisão bibliográfica da literatura que permeia o tema, bem como análise esmiuçada do caso acima mencionado.

2. O ATIVISMO JUDICIAL

Como bem pontua o professor Paulo Gonet (2019, p. 01), ‘ativismo judicial’ é uma expressão de origem atécnica e que refletia uma visão pejorativa, por parte de jornalistas, acerca da postura expansiva, notadamente progressista, na atuação de alguns ministros da Suprema Corte norte-americana, nos idos da década de 1940. Malgrado a última constatação, com o passar dos anos o termo foi ganhando força e espaço até mesmo entre os juristas, de modo que passou a representar, decididamente – e com uma conotação negativa – a incorporação, por parte do poder Judiciário, de tarefas originalmente atribuídas aos Poderes Legislativo e Executivo, sem compromisso com a direita ou com a esquerda; com o progressismo ou com o conservadorismo (BRANCO, 2019, p. 2-3).

É a representação máxima da doutrina neoconsitucionalista, caracterizada por “uma maior intervenção do Poder Judiciário na vida política do país com vistas a promover transformação social por meio de interpretações que se utilizam dos princípios constitucionais e do juízo de ponderação como matéria prima” (GALVÃO, 2012).

No *Black’s Law Dictionary* (1999), o “judicial activism” é definido como “uma filosofia de decisões judiciais na qual os juízes permitem que suas perspectivas pessoais guiem as decisões. Também é pontuado que “os adeptos dessa filosofia tendem a apontar violações constitucionais e a desrespeitar precedentes”².

O professor Elival da Silva Ramos, por sua vez, apresenta da seguinte forma o movimento:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2015, p. 119).

Resta claro, portanto, que a perspectiva do autor, corroborada por grande parte da

² Tradução nossa.

doutrina e da sociedade em geral, até mesmo em função da forma depreciativa com que se inaugurou o termo, é de que o ativismo representa a ruptura dos limites fixados pelos vetores de contenção constitucionalmente estabelecidos, no que diz respeito à liberdade hermenêutica do magistrado.

Por outro lado, professor Luís Roberto Barroso, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, apresenta uma visão diametralmente oposta do fenômeno, apontando-lhe como consequência natural da organização de Estado aqui adotada. Na perspectiva de Barroso (2012), em função do extenso catálogo de direitos fundamentais positivado pelo legislador constituinte e da crise de representatividade, de legitimidade e de funcionalidade, sobretudo do Poder Legislativo, é prerrogativa do Judiciário, na figura de sua Suprema Corte, ocupar o vácuo de poder aberto pelos pares. Ele leciona que:

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. (BARROSO, 2012, p. 17).

Em trabalho mais recente, o professor (BARROSO, 2019, p. 45) ratifica o entendimento, quando afirma que “um tribunal constitucional deverá agir com ousadia e ativismo, nos casos em que o processo político majoritário não tenha atuado satisfatoriamente”.

À vista das lições, fica claro que os autores estão usando a mesma nomenclatura para designar coisas diferentes. Não se trata, apenas, de uma distinção na valoração do fenômeno, mas, sim, de fenômenos distintos.

É que Ramos (2015) assenta a possibilidade “de exercício desabrido da legiferação”, diferenciando-o de uma “incursão insidiosa” nas atribuições dos demais Poderes. Em outras palavras: o professor reconhece que no novo recorte consitucional, em certas ocasiões, poderá o Judiciário exercer tarefas que não lhe eram tradicionalmente direcionadas, sem que isso seja uma postura ‘ativista’.

Para Barroso (2012), entretanto, o ativismo denota proatividade judiciária, sem que haja fronteiras bem definidas. Logo, para Barosso, não importa se a expansão – ou

intromissão – é relevante ou irrelevante, grande ou pequena: proatividade judiciária é sinônimo de ativismo judicial.

Tanto que, em outro texto, ao tratar das diferenças entre o ativismo e seu antônimo, qual seja a autocontenção, afirma (BARROSO, 2019, p. 435) que “o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional”. Do excerto, se conclui que há ativismo legítimo e ilegítimo. Todavia, ainda que ilegítimo seja, não deixa de receber a alcunha de ativismo.

O próprio Ramos (2015), em sua obra, reconhece este embate, quando assevera que os filiados ao literalismo consideram qualquer prática jurídica que não interpretativista como ativista – aqui pejorativamente concebida – ao passo que os não interpretativistas veem com bons olhos o fenômeno em tela, pautados na “inevitabilidade da criatividade jurisprudencial” demonstrada pela hermenêutica contemporânea.

Schreiber e Konder (2016, p. 19), ao oferecerem uma agenda para o direito civil-constitucional, defendem que o termo ‘ativismo judicial’ ganha uma nova roupagem, com necessidade de maior rigor argumentativo e metodológico:

Essa profunda mudança de papel não pode ser guiada por meras convicções pessoais ou opiniões particulares, sob pena de resultar em intolerável casuísmo. Tampouco pode ser direcionada à realização da chamada opinião pública ou de interesses ocasionais de setores sociais e econômicos específicos. Deve, muito ao contrário, ter como norte os parâmetros constitucionais, trazidos para as relações concretas, por meio de uma interpretação aplicativa, calcada em sólidas premissas metodológicas e controlada em seu caráter argumentativo, quer pelo próprio tribunal do qual emana, quer pela doutrina que exerce importante e indispensável tarefa na revisão crítica das decisões judiciais. (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 19).

A perspectiva de Schreiber e Konder, portanto, repousa no meio desse conflito teórico, na medida em que repudia decisões ‘intrometidas’ e carentes de rigor metodológico e argumentativo; ao mesmo tempo em que defende que a atuação responsável do Judiciário, de “ir além de simplesmente dizer o direito”, isto é, de fazer cumprir a Constituição, representa ativismo. Frise-se que, desse entendimento, se depreende que “o ir além” não deve sequer ser visto como “ativismo ilegítimo”, tal como sugere Barroso, mas como outra figura:

Adquire nova dimensão nessa perspectiva o chamado “ativismo judicial”, a ser encarado não como atuação exorbitante do magistrado, em desrespeito à separação de Poderes consagrada no texto

constitucional mas sim como atuação comprometida com a realização concreta dos valores constitucionais. (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 19).

É certo que para esses autores o limite do que seria uma atuação adequada do Judiciário pode contrastar com o limite do professor Ramos. Todavia, em termos gerais, as concepções não são de todo inconciliáveis.

No sentido da controvérsia, Leal (2007, p. 7805) empreendeu interessante ensaio em que questiona, em relação ao Supremo: altivo ou ativista? Apesar de o trabalho apresentar mais indagações do que respostas, sugere-se que a tomada de partido no sentido da defesa dos direitos e das garantias dos cidadãos oprimidos pelo arbítrio estatal representaria “glória”; ao passo que o contrário, isto é, o silêncio diante das ofensas, colocaria a sociedade em “maus lençóis”. Vê-se, então, que o autor considera a defesa dos direitos como tarefa constitucional do Supremo, e o exercício dessa prerrogativa simbolizaria altivez, não ativismo.

Na mesma linha, Eduardo Mendonça (2016, p. 146-148), ao tempo em que afirma que a autocontenção deve prevalecer sobre o ativismo, defende que em “razão da abrangência e do detalhismo do texto constitucional” é conferido ao Judiciário não apenas a oportunidade, mas o dever de afastar “uma série de decisões políticas que, materialmente, pouco tem a ver com as condições democráticas”.

A verdade é que toda a problemática terminológica, que gera manifesta incompreensão do instituto, na medida em que se utiliza a mesma expressão para apresentar ideias distintas, parece derivar da “equivocidade e trivialidade” (Gonet, 2019, p. 01, no prelo) com a qual se criou o termo. A doutrina, em larga escala, passou a se referir a ativismo sem distinguir o que de fato dela entendia: se meramente ação proativa ou, de fato, usurpação de poder. A consequência prática disso é a perpetuação da banalidade e da carência metodológica em torno da pauta. É um problema, em grande parte, derivado da linguagem.

Diante disso, e em função da própria linguagem, distinguiremos a ação meramente proativa da ativista, na medida em que as prerrogativas constitucionalmente atribuídas – como o controle de constitucionalidade, seja em caráter difuso ou abstrato, por exemplo – não podem significar um ‘ir além’, que é denotação direta do ativismo.

3. AS DECISÕES MANIPULATIVAS DE EFEITOS ADITIVOS

As decisões manipulativas, enquanto gênero de decisões judiciais, representam clara manifestação de atividade proativa do Poder Judiciário. Importadas da doutrina e da jurisprudência italianas, têm como principal marca a produção normativa por parte do órgão jurisdicional que, por via de adição ou da substituição de conteúdo, ‘conserta’ o vício de constitucionalidade de determinado dispositivo. Leal (2014, p. 90) pontua que a Corte Constitucional italiana costuma lançar mão desses pronunciamentos, “por meio dos quais a Corte procede a uma modificação e a uma integração da disposição submetida a seu exame, conferindo-lhe um caráter normativo diverso do originário”. Rombolli (2007, p. 304) anota que “A Corte modifica diretamente a norma posta ao seu exame, através de decisões que são definidas como ‘autoaplicativas’, a indicar o caráter imediato de seus efeitos, que prescindem de qualquer sucessiva intervenção parlamentar”.

De início, imprescindível destacar que a modalidade em estudo recebeu diferentes terminologias no passar dos anos (PAIVA, 2008, p. 3), de maneira que os espanhóis a chamaram tanto de “decisões interpretativas”, quanto de “decisões de efeitos aditivos”. Na própria Itália, berço do fenômeno, por várias décadas persistiu debate acerca de qual seria a melhor nomenclatura. Delfino optou por “decisões criativas”, ao passo que Rizza utilizou “decisões intermédias” – majoritário até hoje em Portugal, por exemplo. Por algum tempo prevaleceu o entendimento de “decisões estimatórias interpretativas”, até que se chegasse à estabilidade de decisões manipulativas, subdividida nas espécies ‘aditiva’ e ‘substitutiva’.

As decisões manipulativas de efeitos aditivos, como se infere do título, são verificadas quando o Tribunal declara inconstitucionalidade diante de uma omissão na norma, ao mesmo tempo em que adiciona disposição que corrige o vício. Já nas de caráter substitutivo, o fator preponderante é o estabelecimento de determinada disposição no lugar da que vigia, “substituindo a disciplina advinda do poder legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional (MENDES, 2014).

Bom exemplo de decisão manipulativa de caráter aditivo é a derivada da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54³, em que se julgou inconstitucional a interpretação de que o aborto de fetos anencéfalos constituía crime, ao passo que se estabeleceu, nesta hipótese, a atipicidade da conduta, de forma que a matéria, no Código Penal, restou acompanhada da expressão ‘vide ADPF 54’.

³ O professor Elival da Silva Ramos discorda de que a ADPF 54 seja exemplo de decisão manipulativa de caráter aditivo, porquanto considera que tão somente se reconheceu a inconstitucionalidade da interpretação atacada, isto é, defende que não houve adição de hipótese de atipicidade à norma.

Por outro lado, no tangente à decisão substitutiva, o melhor exemplo parece ser a decisão da Suprema Corte Italiana que entendeu por inconstitucional o art. 313 do Código Penal local, no que dizia respeito à competência do Ministro da Justiça de autorizar a persecução penal referente ao crime de desacato à Corte. Entendeu-se que apenas a própria Corte poderia fazê-lo, de maneira que se transferiu a atribuição em tela para o próprio Tribunal (RAMOS, 2015).

Passar-se-á a dar maior atenção à ditas decisões manipulativas aditivas, pela maior relevância que guardam com a jurisprudência brasileira. Para Elival da Silva Ramos (apud MORAIS, 2005):

A sentenças aditivas se estruturam sobre dois componentes: um, que pode se denominar ablativo, que corresponde à eliminação da parte inconstitucional de um enunciado normativo, e outro, por assim dizer, reconstutivo, ou adjuntivo, que consiste na identificação de um critério jurídico de decisão passível de ser junto a uma norma ou ao segmento remanescente de um regime normativo, de forma a que sejam criadas condições de conformidade do sentido recomposto da disposição normativa com a Constituição. (RAMOS, 2015, p. 221).

A partir de uma primeira leitura de suas características, o referido instituto se apresenta como forte candidato ao exercício do ativismo. Ora, na medida em que declara inconstitucional determinada interpretação – geralmente uma omissão – e acrescenta um suposto remédio para a inconstitucionalidade – via de regra o trecho omissa – o Judiciário, de pronto, age proativamente. O ministro Gilmar Mendes vai além. Em seu voto, no julgamento da ADPF 132, asseverou que caso o Supremo viesse a julgar procedente o pedido constante na ADPF 54 aturaria, pois, a Corte, como “verdadeiro legislador positivo”. Assim o STF o fez. Afirmou Mendes, ainda, no mesmo julgamento, que:

Também é possível verificar-se que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado decisões manipulativas de efeitos aditivos⁴.

Não por acaso, em sua obra acerca do ativismo judicial, Campos (2014) destaca que as decisões aditivas da Corte Constitucional italiana representaram não apenas marco do ativismo da corte, mas meio de concretização da Constituição daquele país:

⁴ STF, ADPF: 132 RJ, Rel. Min. Ayres Britto, Data de julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198.

A postura decisória criativa da Corte Constitucional italiana, desde a instalação em 1956, foi imprescindível para dar vida concreta à Constituição de 1947. O Parlamento manteve-se inerte na tarefa de reformar a legislação fascista e a Corte de Cassação se mostrou passiva em opor os direitos fundamentais à legislação pré-constitucional. Desse modo, a Corte Constitucional precisou assumir o papel político de *reforma e democratização* do ordenamento jurídico italiano. Para suprir a omissão do Parlamento, a Corte desenvolveu uma jurisprudência ativista de manipulação dos sentidos das leis, adicionando novos significados normativos ou substituindo os já existentes. Trata-se do uso das chamadas sentenças manipulativas, destacadamente as sentenças aditivas, por meio das quais a Corte reconhece a inconstitucionalidade de lacunas axiológicas e adiciona os significados normativos faltantes. (CAMPOS, 2014).

Muito embora tal perspectiva, o professor Elival da Silva Ramos (2015, p. 222) defende que “esse tipo de decisão de acolhimento não dá ensejo a ativismo judiciário”. Apoiado nos argumentos (a) de que o princípio ou a norma justificadora da operação tem de possuir “plenitude eficaz”, isto é, abarcar, também, a omissão que se pleiteia solucionar; e (b) de que o texto do dispositivo não é incompatível com a reconstrução, anota que a doutrina pacificou o entendimento de que as sentenças aditivas “ou são constitucionalmente obrigatórias, ou são juridicamente ilegítimas”. E por constitucionalmente obrigatórias se entende o exercício de competência atribuída pela Carta Política.

Nesse sentido, quando discorrendo acerca das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão - ADO, o professor Barroso (2012, p. 300-302) apresentou as decisões manipulativas aditivas como forma de superação de “patente injustiça”, ainda que, àquela época, a jurisprudência do Supremo fosse relutante em aceitar a incidência da referida modalidade decisional.

Prevalecia, ainda, voto do Ministro Celso de Mello⁵, em que afirmava que “o respeito ao princípio da separação de poderes impede que se estendam às categorias funcionais eventualmente discriminadas as vantagens das quais vieram elas a ser injustamente excluídas pelo ato legislativo impugnado”.

Decididamente essa é, ainda – ofensa ao princípio da separação de poderes – a principal ressalva à utilização das decisões manipulativas de efeitos aditivos no Brasil, ainda que o movimento tenha ganhado força nos últimos anos. Leal (2014, p. 94) afirma

⁵ STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 21662-3/DF Rel.: Min. Celso de Mello; DJU, 20.05.1994.

que o “grau de sofisticação” de técnicas modernas implica “resistência inicial aos adeptos do raciocínio binário resultante do código procedente/improcedente”. O professor Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 589) leciona que o conceito difundido de “teoria da separação de poderes” é, no entanto, uma simples visão enviesada das ideias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade infinitamente mais complexa do que aquela que Montesquieu tinha como paradigma”. Dessa lição, concluiu Leal (2014, p. 95) que as sentenças aditivas são cabíveis quando se enfrenta casos complexos, diante dos quais os modelos decisórios tradicionais agravariam o contexto.

Não obstante o último apontamento, o plano ontológico muitas vezes toma caminho distinto do deontológico, isto é, o ‘ser’ se apresenta em realidade antagônica ao ‘dever ser’. Assim, por mais que em um plano ideal e metodologicamente rigoroso as decisões manipulativas de efeitos aditivos não se apresentem como ativistas, a bem da verdade é que se situam, de pronto, numa zona limítrofe, “de penumbra”, muito próximas de cruzarem a linha do razoável. A consequência, portanto, é a de que ainda que não sejam necessariamente ativistas podem, não dificilmente, as sentenças aditivas, se lhe tornarem.

Desse modo, se analisará uma das mais polêmicas decisões da história do Supremo Tribunal Federal, discutindo se essa é, de fato, decisão de efeitos aditivos e, também, se é ou não ativista.

4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26

No primeiro semestre de 2019, o Supremo Tribunal Federal apreciou conjuntamente – dada a semelhança entre as demandas – a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e o Mandado de Injunção 4.733, ajuizados, respectivamente, pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). Ambas foram julgadas procedentes em parte.

4.1 Breve relato dos votos dos ministros

Nesta altura, será feita uma breve análise dos votos dos ministros, com apresentação obedecendo à ordem de antiguidade na Corte, no sentido decrescente – do mais antigo ao mais novo.

Uma vez que quando da submissão deste trabalho o acórdão do julgamento ainda não foi publicado, os votos dos ministros Celso de Mello (2019), Gilmar Mendes (2019), Ricardo Lewandowski (2019), Edson Fachin (2019) e Alexandre de Moraes (2019) foram percebidos por meio das minutas disponibilizadas pelo STF e pelo portal CONJUR. Já em relação aos ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber e Luis Roberto Barroso, utilizou-se como referencial os respectivos votos orais.

O ministro Dias Toffoli não disponibilizou seu voto e, no plenário, limitou-se a concordar com o voto do ministro Lewandowski.

4.1.1 Celso de Mello

O decano do Supremo Tribunal Federal, ministro Celso de Mello, foi o relator da ADO 26, tendo proferido extenso voto – 155 páginas – no sentido de dar procedência parcial à ação, negando a reparação civil das vítimas por parte do Estado e a tipificação da homofobia.

A priori, defendeu a função contramajoritária da Corte, afirmando saber que, em função de seu voto, seria execrado "pelos cultores da intolerância cujas mentes sombrias desconhecem a importância do convívio harmonioso e respeitoso entre visões antagônicas".

Prosseguiu lecionando acerca de conceitos importantes para a pauta, como o de gênero e de orientação sexual, enquanto refutava o valor científico do que se convencionou chamar de "ideologia de gênero". Julgou impossível a tipificação de delitos e a cominação de sanções mediante provimento jurisdicional, em respeito à legalidade e às suas ramificações – anterioridade e reserva legal. Disse que do contrário, o STF agiria como "legislador positivo". Destacou o histórico de perseguição aos homossexuais que remontam à época do Brasil Colônia, chegando à conclusão de que a homofobia é a mais cruel das repressões, de maneira que "também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República".

Classificou a efetivação da criminalização da homofobia como obrigação jurídica, em função do comando do Art. 5º, XLI, – “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – considerando pertinente e cabível o recurso à ADO como meio de pragmatizar direitos, "enquanto não sobrevier a legislação reclamada". Reputou artificial e equivocada a construção do conceito de raça como ligada, por assim dizer, exclusivamente à questão racial. Afirmou que o referido termo,

numa interpretação que se julgue 'correta', significa dizer o "dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância.

Recorreu, em última instância, à conjugação da motivação e da finalidade do racismo – estruturadas pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial – como elementos aptos a legitimarem a interpretação conforme à Constituição, na medida em que tanto o racismo, quanto a homofobia, derivam da motivação preconceituosa e da finalidade de "submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público, quanto na esfera privada."

Negou a aplicação analógica das normas penais, a construção de sentença manipulativas de efeitos aditivos e a violação da liberdade religiosa.

4.1.2 Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio, de início, aduziu que " o céu é o limite, não é no Supremo"; que a atividade do judiciário é vinculada ao direito positivo, aprovado no Congresso Nacional; e que a arte de interpretar não é discricionária.

Afirmou que a Corte, historicamente e sobretudo nas últimas composições, não tem falhado com o fortalecimento dos direitos da comunidade LGBT – vide o reconhecimento da união estável homoafetiva⁶ como entidade familiar e do nome social dos transgêneros por meio de simples manifestação da vontade⁷.

Destacou a inexistência de direito subjetivo à criminalização de outrem, razão pela qual desconheceu do mandado de injunção. Defendeu que a ADO é meramente declaratória, não implicando efeitos constitutivos, para se posicionar contrariamente ao pleito de criminalização da homofobia. Nesse sentido, apoiou-se no princípio da reserva legal para justificar seu voto, defendendo que a competência de criação de leis penais é exclusiva do Congresso Nacional.

Asseverou que a 'Lei Caó' não contempla a orientação sexual do indivíduo como critério apto a caracterizar o sujeito passivo do crime de racismo. Leciona que quando o Congresso legisla, adota uma posição política, algo que como um não fazer deliberado.

Certificou que do vislumbre de espécie de criminalização à vinculação do legislador a fazê-lo, há imensa distância. Desse modo, inadmitiu o mandado de injunção

⁶ ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe 14/10/2011.

⁷ ADI 4275, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, DJe 07/03/2019.

e reconheceu a omissão legislativa para o trato da questão, ao passo que se opôs à criminalização.

4.1.3 Gilmar Mendes

De plano, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que se tratava de pedido de adoção de sentença de efeitos aditivos para que se procedesse com a criminalização das "ofensas, homicídios, agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero".

Destacou que "a orientação sexual e a identidade de gênero devem ser consideradas como manifestações do exercício de uma liberdade fundamental". Discorreu, de forma elucidativa, sobre a mora congressional ao enfrentamento da questão, sinalizando que a despeito de inúmeras tentativas de criminalizar a matéria, os embaraços inerentes ao processo legislativo impediram a sua concretização. Ato contínuo, ressaltou que a reação legislativa à discussão em pauta é representação dos diálogos institucionais entre os Poderes, extremamente positivos no contexto da maturação do Estado de Direito.

Ao tratar da questão fática em análise, reconheceu a mora legislativa e o cabimento das ações. Por fim, suscitou postura "ativa" e não ativista da Corte e acolheu integralmente os votos dos relatores.

4.1.4 Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski, em um dos votos mais objetivos do caso vertente, destacou que "a lei pode muito, não pode tudo". Manifestou inquietude em relação à situação degradante e de violência em que se encontra a comunidade LGBT e concordância com a necessidade de criminalização das condutas discriminatórias ao grupo em voga.

Entretanto, consagrou o princípio da reserva legal a um patamar mais elevado. Asseverou, com base em pronunciamentos da própria Corte, que a despeito da "repugnância" de atos derivados de preconceito de qualquer sorte, "é certo que apenas o poder legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha". Derradeiramente, ressaltou que a casa não poderia fazer muito além de julgar a omissão inconstitucional. Assim, votou pela procedência parcial do pleito, reconhecendo apenas a mora legislativa.

4.1.5 Cármen Lúcia

A ministra Cármen Lúcia introduziu sua fala, no Plenário, asseverando que é atividade expressamente conferida ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, no sentido de fazê-la eficaz jurídica e socialmente.

Destacou que há formas plurais de escravização humana, dentre as quais a postura de tentar estabelecer e cercar o espaço daqueles que os grupos dominantes julgaram diferentes, como se houvesse 'forma' para a humanidade.

Afirmou que todo preconceito é violência e que toda discriminação é causa de sofrimento, mas que aprendeu que alguns preconceitos impõem mais sofrimento do que outros, na medida em que nascem dentro de casa e afastam as famílias desde muito cedo.

Defendeu que o direito, no caso, é instrumento indispensável na proteção dos direitos humanos em sua esfera única e singular. Pontuou que a previsão de texto constitucional, sem reverência ao contexto, transforma-se em mero pretexto para esvaziar direitos afirmados e assegurados em seu exercício: “se se tem a norma e não há eficácia, direito não há, verdadeiramente”.

Julgou que a configuração do dever constitucional é inegável, uma vez que a ordem constitucional foi de criminalizar ou estabelecer critérios punitivos relacionados à discriminação, seja qual fosse o modo de manifestação.

Deixou claro que percebe a proatividade de determinado setor legislativo no sentido de colmatar a omissão em questão, ao tempo em que reconhece a dificuldade de, em um ambiente deliberativo enormemente maior em números absolutos e diverso em concepções do mundo – Congresso Nacional em relação ao Supremo – se chegar à lei que a Constituição exige que seja feita.

4.1.6 Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux consignou que a despeito de o Congresso Nacional ter sinalizado que irá apreciar/votar a pauta, o Supremo Tribunal Federal não tem certeza se o projeto será aprovado, ou sequer votado. Diante disso, se imporia a judicialização da questão, bem como a consequente palavra final do Judiciário, na medida em que, por vezes, “vozes e votos não são suficientes”.

Disse, ainda, que viu artigo com argumento extremamente sedutor no sentido de que o judiciário não poderia "criar figuras", em função dos princípios da legalidade e da reserva legal.

O Ministro afirmou que o Judiciário não está criando figura, apenas exercendo interpretação da legislação infraconstitucional que trata do racismo, à luz da homofobia;

e que o próprio STF já firmou seu conceito, de que racismo é delito cometido “contra o homem de carne e osso”.

Defendeu que integrantes da comunidade LGBT, judeus, afrodescendentes; são todos vítimas de racismo e que a interpretação conforme em questão tem de ser promovida porquanto o crime em discussão é imprescritível.

4.1.7 Rosa Weber

A Ministra Rosa Weber iniciou seu discurso perante o plenário parabenizando seus colegas, que “que proferiram votos iluminados”. Trouxe a literatura, a música e o cinema para retratar a homofobia, destacando biografia recente que trata da homossexualidade de Tchaikovsky.

Destacou a “viabilidade de, mediante pronunciamento judicial, com eficácia *erga omnes* e caráter vinculante, afirmar como direito objetivo a tipificação específica de certas condutas quando qualificadas por motivação homofóbica ou transfóbica”.

Estabeleceu como critério preponderante do entendimento do racismo não o que se entende por raça, mas se quem promove o preconceito discrimina grupos enquanto raça: “o que vale não é o que pensamos, se se trata ou não de uma raça, mas se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça, e exatamente com base nessa concepção promove e incita sua segregação”.

Propôs a ampliação, por meio de interpretação conforme, do conceito jurídico-constitucional de racismo, para que seja abarcada, em sua “abrangência semântica, a discriminação com base em gênero e orientação sexual, ligadas à homofobia e à transfobia.” Disse que a Corte promove efetiva ampliação conceitual do conceito jurídico constitucional de racismo.

4.1.8 Luís Roberto Barroso

O ministro Luís Roberto Barroso, ao tratar da questão, introduziu, no Plenário, sua fala, estabelecendo conceitos, a exemplo do decano, e afirmando que a orientação sexual, constatatadamente, seria “fato da vida, e não escolha”.

Prosseguiu apresentando estatísticas que colocam o Brasil na “pouco meritosa” posição de líder mundial em violência para com a comunidade LGBT. Afirmou que o papel do Estado e do direito é de intervir nesse contexto, para preservar não apenas a orientação sexual, mas a integridade física dessas pessoas, sendo, pois, imprescindível um diálogo respeitoso com o Congresso Nacional, que tem o dever primário de criação

das leis, enquanto a interpretação dessas é incumbência do Supremo. “No normal da vida” disse que é fácil estabelecer a fronteira entre a legislação e interpretação, mas que ante o dinamismo da contemporaneidade não se o faz de forma tão simples.

Pontuou que a mora legislativa legítima, frente à existência de mandamento constitucional, a possibilidade de ação jurisdicional. Reafirmou a função contramajoritária da Corte ao lado das funções representativa e “iluminista”, que seria a de “empurrar a história” mesmo contra vontades que insistissem em lhe ‘emperrar’. Esclareceu que ‘iluminista’ não é a Corte, mas a própria Constituição. Asseverou que os dois fatores que “alargam a fronteira da interpretação constitucional estão presentes”, quais sejam “a omissão legislativa e direitos fundamentais em jogo”.

Destacou que o art. 5º, XLI, não define a forma de punição, se administrativa, criminal ou meramente civil. Posiciona-se em concordância com a sanção penal em função (i) da relevância do bem jurídico e da sistematicidade das agressões; (ii) da já existência de punição criminal à discriminação de grupos igualmente vulneráveis; e (iii) da ineficiência das outras esferas sancionatórias em relação à questão. Defendeu, à luz de “interpretação pré-existente que o Supremo deu”, que a homofobia é forma de racismo. Pontuou que “no normal das circunstâncias, fixaria um prazo” para que o Congresso agisse e nega a presença de sentença aditiva.

4.1.9 Edson Fachin

Relator do mandado de injunção, o Ministro Fachin estabeleceu suas premissas: (i) qualquer discriminação é atentatória ao Estado de Direito; (ii) o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual; (iii) se infere, a partir dos tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, um mandado de criminalização de qualquer discriminação; (iv) a omissão legislativa em discussão representa tolerância para com as práticas; e (v) “a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor.

Deu seguimento a seu voto reconhecendo o direito à legislação em função do comando constitucional” presente no art. 5º, XLI, que afirma que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Destacou que o direito penal é instrumento adequado à defesa de bens jurídicos expressamente direcionados pela Constituição. Ato contínuo, pontuou que a Lei 7.716 foi criada para efetivar o comando constitucional de combate à discriminação, a despeito de ter omitido a questão de

orientação sexual e de gênero.

Nesse sentido, classificou o mandado de injunção como meio apto a superar a referida omissão, em função do mandado de criminalização constitucionalmente estabelecido. Por fim, reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional e aplicou efeitos “prospectivos” à Lei 7.717/89, no sentido de estender a tipificação dos crimes ali dispostos à discriminação em função de gênero e orientação sexual.

4.1.10 Alexandre de Moraes

O Ministro Alexandre de Moraes fundamentou seu voto quase que à exatidão do Ministro relator Celso de Mello. Reconheceu a situação de fragilidade e vulnerabilidade social da comunidade LGBT por meio da exposição de dados estatísticos; bem como a mora inconstitucional do Poder Legislativo em positivar norma incriminadora da discriminação, na medida em que se o fez em relação a diversos grupos da sociedade: idosos, mulheres, consumidores.

Reputou igualmente inconstitucional a tipificação de conduta pelo STF, em atenção aos princípios da legalidade e da reserva legal, ao tempo que afasta a possibilidade de aplicação analógica prejudicial, quando das questões penais.

Por fim, defendeu a utilização da técnica da interpretação conforme para sustentar a ampliação do conceito de racismo e, assim, estender seu manto protetivo à comunidade LGBT. Também sustentou a manutenção da liberdade religiosa.

4.1.2 Interpretação conforme ou decisão manipulativa de efeitos aditivos?

A esta altura, surgem alguns questionamentos: foi a referida decisão pautada meramente na técnica da interpretação conforme, como defendeu o relator da ADO?

O ministro Celso afirma não ter empreendido analogia no caso em voga, uma vez que a medida não seria idônea por se tratar de caso inserido na seara penal. Também se exime, vale dizer, de possível “formulação de tipo criminal”, postura “juridicamente inviável, sob perspectiva constitucional”. O que propôs foi, por via de interpretação conforme à Constituição, a:

Subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente, na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social.

Diante dos apontamentos, é válida visita às Lições Preliminares de Direito, de Miguel Reale, (2002, p. 298), das quais se extrai que o pressuposto do processo analógico é uma lacuna na lei. No caso em voga, não se desenha uma lacuna na lei, mas na legislação. Desse modo, a lei de racismo foi meio utilizado para se superar a omissão no ordenamento, mediante interpretação extensiva que, segundo o professor, deriva da ideia de que a despeito da plenitude da norma – em questão de vigência, de validade e de eficácia – estende-se a sua aplicação a entendimento além do usual. Portanto, fez-se interpretação extensiva sob forma da técnica da interpretação conforme à constituição.

Segundo Mendes e Gonet (2014, p. 1291-1293), dogmaticamente, a interpretação conforme à Constituição implica declaração de constitucionalidade de uma lei, conquanto limitada à literalidade do texto e à chamada vontade do legislador: “apenas admissível se não configurar violência contra expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”.

Nesse sentido leciona Mártires Coelho (2007, p. 114), quando assevera que mecanismos de controle – que não sejam inibidores – são indispensáveis no contexto de criatividade judicial, para que cumpram decidida função de “normas de vigilância” e afastem decisões “erradas ou clamorosamente inaceitáveis”.

Ante o cenário, a interpretação extensiva em voga parece ter se estendido demasiadamente, em função de duas razões principais. A primeira, é que o Congresso Nacional, a despeito das acusações de mora, vem discutindo a questão em sede de processo legislativo, o que demonstra, desde já, que o comando normativo da Lei Caó não abarca, segundo os próprios legisladores, o conceito de racismo social que o Supremo julgou inserido em sua estrutura. A segunda, bastante discutida pelos ministros, reside na perspectiva do princípio da legalidade, especialmente na forma da reserva legal, isto é, na prerrogativa privativa do Legislativo de legislar em seara penal. Não obstante a bem-intencionada justificativa de formulação de medida protetiva à comunidade LGBT, se está criando instrumento verdadeiramente restritivo de direitos, porquanto expande a repressão do aparato punitivo do Estado a uma situação não delimitada pelo legislador ordinário, único agente legítimo, sob comando constitucional, a fazê-lo.

O decano do Supremo, a exemplo dos ministros que lhe seguiram, justificou sua manobra hermenêutica, cuja consequência foi a criminalização da homofobia no Brasil, na técnica de interpretação conforme à Constituição, da qual resultou leitura expansiva do conceito de racismo e, assim, a incorporação, ao termo, da homotransfobia. Mais

parece, como defendeu Gilmar Mendes, decisão de efeitos aditivos. A despeito disso, assim se posicionou o Decano:

Inaccolhível, portanto, a alegação de que a decisão do Supremo Tribunal Federal a ser proferida no caso presente qualificar-se-ia como sentença aditiva, conforme sustenta o Senado Federal, pois, na realidade, está-se a utilizar o modelo de decisão de caráter estritamente interpretativo, sem que se busque reconstruir, no plano exegético, a própria noção de racismo, cujo sentido amplo e geral já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em relevantíssimo precedente (“caso Ellwanger”), que observou, na espécie, o próprio sentido que emergiu dos debates travados no seio da Assembleia Nacional Constituinte, como enfatizou o eminente Ministro Nelson Jobim, em passagem por mim anteriormente referida – e realçada – neste voto.

Em sentido oposto, se manifestou o Ministro Gilmar:

O pedido imediato das ações é que seja adotada sentença de perfil aditivo com o intuito de criminalizarem-se as ofensas (individuais e coletivas), os homicídios, as agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. Tal criminalização seria feita em igual medida à punição constante da Lei 7.716/1989 (Lei Antirracismo).

Da discordância em voga, e com base nas lições às quais se recorreu nas linhas pretéritas deste texto, parece assistir razão Gilmar Mendes. Ora, há, como salientou o professor Carlos Blanco de Moraes (2005), um componente ‘oblatoivo’, qual seja o reconhecimento da inconstitucionalidade da omissão da criminalização das condutas homofóbicas e; também, um fator ‘reconstrutivo’, na medida em que determinou-se que na pendência de legislação específica, a homofobia estará compreendida na Lei de Racismo, isto é, sanou-se a omissão por meio da extensão de suposto benefício – proteção decorrente de criminalização de conduta discriminatória – ao grupo ‘esquecido’ pelo legislador.

4.1.3 Ativismo ou altivez?

Se por um lado as razões de decidir dos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes foram distintas – ainda que tenham levado a um mesmo resultado e que o ministro Gilmar, no dispositivo, tenha seguido o relator também quanto à interpretação conforme – ambos fizeram questão de expurgar de seus pronunciamentos qualquer perspectiva ativista.

O decano chegou, inclusive, a justificar sua interpretação conforme no sentido de afastá-la de uma decisão de efeitos aditivos, atitude da qual se infere associação direta

entre a última modalidade decisional e o fenômeno do ativismo. Todavia, diante da já mencionada lição de Ramos (2015, p. 223), decisões de efeitos aditivos não implicam ativismo, mas exercício regular da guarda da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal. A questão é que ainda que se defenda que as sentenças aditivas não implicam ativismo, é importante destacar que não o fazem necessariamente, porquanto nada impede que a Corte se valha da referida técnica para ocupar espaço decisório que não lhe é devido.

O caso em análise é paradigmático para a questão. Ora, oito ministros elaboraram longos votos escritos e orais para justificar um pronunciamento, ao mínimo, pouco usual. Defendiam, tal como Celso de Mello, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes, atitude necessária na guarda da Constituição. Por outro lado, Lewandowski, Toffoli e, sobretudo, Marco Aurélio, entenderam que a legalidade seria impeditivo intransponível para a questão, por se tratar de matéria penal. Vale dizer: se se tratasse de questão cível ou trabalhista, por exemplo, o espaço de atuação dos magistrados seria mais amplo. Mas em questões penais, não.

Salta aos olhos, dentre todos os votos, o do ministro Fux, que afirmou a palavra final da controvérsia como pertencendo ao Judiciário, uma vez que por vezes “vozes e votos não são suficientes”. Também há de se falar de Luís Roberto Barroso, que defendeu “função iluminista” da Corte e disse que, “em circunstâncias normais”, fixaria prazo para que o Congresso abandonasse a suposta inércia.

Não se entra no mérito de que seriam possíveis outras formas de intervenção estatal de caráter punitivo, a serem disciplinadas pelos legisladores, no combate à violência decorrente de orientação sexual e de identidade de gênero, que não criminal. Não se discute que os homicídios, por exemplo, marcados por essas motivações, já sejam qualificados pela torpeza que lhes são inerentes. Não se apresenta a pauta de que a procedência do pedido em voga representaria caminhar em sentido oposto ao minimalismo penal, contribuindo para o questionável movimento do encarceramento em massa da população, cuja maior vítima é a comunidade negra. Não se debate, por fim, que na hipótese de o Congresso votar e negar a referida criminalização, se estaria diante de uma postura que não omissa, mas comissiva. Neste caso, estaria invalidada a decisão do Supremo?

Por outro lado, também não se nega a cruel e institucionalizada violência direcionada nas mais distintas formas de preconceito à comunidade LGBT, fruto exclusivamente da respectiva orientação sexual e/ou identidade de gênero das vítimas – fato extremamente bem delineado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto – bem como

a necessidade de superação desta deplorável realidade para o avanço do Brasil enquanto democracia e nação.

Entretanto, a discussão esbarra em matéria formal anterior: a criação de normas penais é de competência exclusiva do Congresso Nacional, de acordo com os arts. 5º, XXXIX; 22, I; e 48 da Constituição. E essa barreira formal não representa mero formalismo, mas garantia alcançada a duras penas ao longo do processo civilizatório.

Conquanto se defenda que “não foram criadas figuras novas”, na verdade se o fez. Ainda que se justifique a decisão no precedente *Ellwanger*⁸, cujo dispositivo apregoeou que o antissemitismo compreenderia postura racista, na perspectiva social ensejada pelo termo, não se pode negar o conteúdo da própria Constituição, na exigência do respeito ao princípio da legalidade e suas ramificações: não há lei que tipifique a homotransfobia e apenas o legislador pode criar lei.

A professora Ana Beatriz Presgrave (2017, p. 03), em curto ensaio, se utiliza da metáfora da cor salmão para traçar as fronteiras da atividade hermenêutica: a depender da luz pode parecer vermelho, rosa ou até mesmo bege; mas nunca preto, verde ou azul. Desse modo, por mais que se diga – que o Supremo diga – que homofobia é racismo, para questões penais, extremamente ligadas à literalidade, se sabe que não o é. Tanto que a Corte reconheceu mora legislativa em dizer que a homofobia é crime. Se homofobia é racismo e racismo é crime desde 1989, por que o STF acusa de omissão o Congresso? Presgrave inicia seu texto questionando: o Supremo é supremo ou soberano? Deveria ser supremo, mas, às vezes, se diz soberano.

Portanto, à vista de tudo que se trabalhou, parece inequívoca a constatação de que se está diante de uma decisão manipulativa de efeitos aditivos marcadamente ativista.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que se correu, podemos chegar a algumas conclusões.

A primeira, é que em função da carência metodológica com a qual se inaugurou o termo ativismo judicial há, ainda, certa incompreensão relacionada ao fenômeno. Não se fala, apenas, de uma discrepância valorativa, mas de significado.

Contudo, diante das perspectivas lançadas, parece mais concreta a que encara o ativismo judicial enquanto atuação proativa do Poder Judiciário que transcende as

⁸ HC 82424, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ3 19.03.2004.

competências que lhe foram constitucionalmente atribuídas.

É que existe uma enorme diferença entre o exercício regular de guarda da Constituição e a intromissão indevida em atividades alheia, sob os pretextos de efetivar a Carta Política violando-a, ou mesmo de “empurrar a história para frente”.

A segunda, a seu turno, está relacionada ao fato de que as decisões manipulativas de efeitos aditivos, com efeito, representam atuação voluntariosa e criativa da atividade jurisdicional. Todavia, não necessariamente o fazem de maneira a desrespeitar o sistema de freios e contrapesos da República, isto é, não o fazem de maneira necessariamente ativista.

A terceira, por fim, diz respeito ao julgamento da ADO 26 que, decididamente, é exemplo digno de manuais não apenas de decisão manipulativa de efeitos aditivos, mas também de ativismo judicial.

Ora, a partir do momento em que o Supremo se valeu de suposta interpretação conforme – que à vista do recorrido mais parece interpretação extensiva – para expandir o campo de incidência de lei penal para além dos limites estabelecidos pelo legislador, inevitavelmente se está violando o princípio constitucional, positivado enquanto regra, também constitucional, da legalidade – de forma mais específica, na figura da reserva legal.

Logo, em se estando diante de uma decisão proativa e criativa do Poder Judiciário, que transcende os limites constitucionalmente estabelecidos, se está diante de uma decisão ativista.

Da mesma maneira, quando fora reconhecida a omissão, na Lei de Racismo, acerca da posição da comunidade LGBT enquanto sujeito passivo, ao mesmo tempo em que se “corrigiu” a suposta omissão, com a criminalização das condutas homotransfóbicas, descreveu-se, de maneira irrepreensível, uma decisão manipulativa de efeitos aditivos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

_____. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2012.

BRANCO, Paulo Gonet. **Ativismo judicial e jurisdição constitucional**. Brasília/DF. 2019. No prelo.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luis Edson. MI 4733. Supremo Tribunal Federal. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>>. Acesso em: mai. 2020.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-29082013-113523. Acesso em: 20.07.2020.

GARNER, Bryan A. Black's Law Dictionary. 7. ed. St. Paul: West Group. 1999.

IOTTI, Paulo. **Decisões manipulativas da jurisdição constitucional não se prestam a restringir direitos**. 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/04/15/decisoes-manipulativas-da-jurisdicao-constitucional-nao-se-prestam-a-restringir-direitos/>>.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. 2. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2012.

_____. **Ativista ou altivo?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XVII., 2008, Brasília/DF. Anais.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. ADO 26 e MI 4733. Supremo Tribunal Federal. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>>. Acesso em: mai. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. ADO 26 e MI 4733. CONJUR. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-voto-homofobia.pdf>>. Acesso em: mai. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELLO FILHO, José Celso de. ADO 26. Supremo Tribunal Federal. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>>. Acesso em: mai. 2020.

MENDONÇA, Eduardo. **A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo**. Jurisdição constitucional em 2020. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octácio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. ADO 26 e MI 4733. CONUR. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ado-26-voto-alexandre-moraes.pdf>. Acesso em: mai. 2020.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra ed., 2005. t. 2.

PAIVA, Paulo Frederico. **Decisões manipulativas em controle de constitucionalidade e sua admissibilidade em matéria criminal**. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **Supremo ou soberano?** FIDES, Natal, V. 8, n. 2, jul./dez. 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

REIS, Wanderley José dos. Ativismo judicial e a nova postura do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão: justiça social ou criação judicial de norma jurídica penal na equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo (ADO N.º 26/DF e MI N.º 4.733/DF)?. Revista Eletrônica do UNIVAG, vol. 23, 2020.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil constitucional. Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil). Rio de Janeiro, vol. 10, n. 04, out/dez 2016, p. 9-27.