DO CASO ELLWANGER À CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A VIOLAÇÃO DAS REGRAS DEMOCRÁTICAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

FROM ELLWANGER CASE TO HOMOPHOBIA CRIMINALIZATION: JUDICIAL REVIEW AND DEMOCRATIC RULES VIOLATION BY SUPREME FEDERAL COURT

Camila Saldanha Martins Gachineiro¹

Doutoranda em Ciências Criminais (PUC, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; direito penal.

RESUMO: Este trabalho teve como objetivo debater a atuação do Poder Judiciário brasileiro e possíveis consequências à democracia, ao analisar e comparar o caso Ellwanger (HC 82.424/RS) com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Isso porque, ao mesmo tempo que se legitima a postura da Corte Constitucional brasileira por meio de seu poder contramajoritário, questiona-se se essa atuação é realmente democrática, tendo em vista que o Judiciário não é um poder constituído

pela soberania popular. A partir disso, pretendeu-se pontuar na pesquisa, a partir dos julgamentos trazidos, que a atuação do Supremo Tribunal Federal, embora legítima, em razão de sua função contramajoritária prevista constitucionalmente para proteção das minorias, pode causar uma problemática no que se refere à separação de poderes. Nos dois casos apresentados, há atuações da Corte majoritária que excedem os limites constitucionais de sua função, violando a estrita legalidade e, consequentemente, configurando verdadeiro perigo para a democracia brasileira.

¹ Professora de Direito Penal e Processo Penal na Faculdade de Pinhais/PR. *E-mail:* camilas.martins@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9702316876309401>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-2059-2491>.

ABSTRACT: *This work aimed to debate the performance of the Brazilian Judiciary and possible consequences for democracy, by analyzing and comparing the Ellwanger case (HC n°. 82.424/RS) with the Direct Action of Unconstitutionality by Omission n° 26. This is because, at the same While the position of the Brazilian Constitutional Court is legitimized through its counter-majoritarian power, the question arises whether this action is truly democratic, considering that the Judiciary is not a power constituted by popular sovereignty. From this, it was intended to point out in the research, based on the judgments brought, that the action of the Federal Supreme Court, although legitimate, due to its constitutionally foreseen counter-majoritarian function for the protection of minorities, can cause a problem with regard to the separation of powers. In both cases, there are actions by the majority Court that exceed the constitutional limits of its function, violating strict legality and, consequently, posing a real danger to Brazilian democracy.*

PALAVRAS-CHAVE: controle de constitucionalidade; democracia; separação de poderes; sistema contramajoritário; Supremo Tribunal Federal.

KEYWORDS: *countermajority system; democracy; judicial review power separation; counter-majoritarian system; Supreme Federal Court;*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O sistema contramajoritário necessário à manutenção da democracia; 2 A equiparação ao racismo pelo STF nos dois casos paradigmáticos; 3 A criminalização da homofobia pelo STF como ofensa à separação dos poderes e perigo à democracia; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The counter-majoritarian system necessary to maintain democracy; 2 The STF's equation of racism in paradigmatic cases; 3 The criminalization of homophobia by the Supreme Court as an offence against the separation of powers and a danger to democracy; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo realizar um estudo da democracia e da separação dos poderes no cenário contemporâneo a partir da análise de duas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal. A primeira delas é o *Habeas Corpus* n° 82.424/RS, julgada em 2004, a qual se refere à equiparação de práticas antissemitistas ao racismo, decorrente de interpretação conforme à Constituição, no evento que ficou conhecido como “Caso Ellwanger”. Por meio do direito à liberdade de expressão, havia a divulgação de livros e materiais que disseminavam a prática antissemitista pelo Sr. Siegfried Ellwanger, o que foi considerado racismo pela

Corte Suprema e, portanto, imprescritível, conforme os ditames constitucionais. O estudo ainda pretende avançar, analisando também a decisão recente do Supremo Tribunal Federal que, com fundamento na interpretação já usada em 2004, equiparou a homofobia ao crime de racismo no julgamento da ADO 26/2019, também por interpretação conforme e pretensa garantia do direito à dignidade da pessoa humana.

No primeiro ponto deste trabalho, far-se-á uma análise da perspectiva do controle contramajoritário dos tribunais constitucionais, que almeja assegurar os direitos das minorias e tornar efetivas as prerrogativas fundamentais da Constituição. No entanto, essa atuação atualmente enfrenta grande embates teóricos, dadas as possíveis consequências para a democracia representativa e a separação de poderes. O cerne dessa discussão é a análise do desempenho do Poder Judiciário, pois, apesar de deter o poder constitucional de realizar o controle contramajoritário, também precisaria se restringir às limitações impostas pela Constituição Federal.

Na sequência do desenvolvimento deste estudo, é feito um breve relato das decisões utilizadas como exemplo, para contextualizar a leitura e apresentar, no último ponto, a relevância dos debates trazidos *a priori* sobre democracia para a avaliação da legitimidade ou não da atuação do Supremo Tribunal Federal.

Para a melhor análise do tema proposto, foi necessário avaliar a questão da perspectiva da democracia representativa e do constitucionalismo, assim como de determinados limites e garantias constitucionais, utilizando-se, para tanto, da metodologia de pesquisa bibliográfica exploratória e do método indutivo. Isso porque, ao final, pretendeu-se equilibrar a atuação judicial para garantia de direitos minoritários com a separação dos poderes, assegurando o sistema de freios e contrapesos.

1 O SISTEMA CONTRAMAJORITÁRIO NECESSÁRIO À MANUTENÇÃO DA DEMOCRACIA

A manutenção de uma democracia está inicialmente relacionada com sua existência. A noção básica do conceito é pressuposta pela percepção de povo, detentor da soberania popular, ou seja, responsável pela eleição livre de seus representantes nas esferas do Executivo e do Legislativo. É a ideia

de democracia representativa², traduzida pelo que compreendemos como o governo da maioria³.

Nada obstante, é importante considerar que apenas a compreensão de democracia sob o viés representativo, por meio da regra majoritária, não é suficiente para assegurar o exercício pleno e a satisfação dos direitos e das garantias fundamentais consagrados pelas Cartas Constitucionais. Isso porque, apesar de os membros do Legislativo se verem como representantes da vontade popular, nem sempre o serão, pois as leis por eles elaboradas poucas vezes representam os interesses da parcela da sociedade que se pretende proteger⁴: a minoria. Assim, sob uma perspectiva meramente procedimentalista⁵, a atuação democrática está relacionada à eleição majoritária, de modo que as leis elaboradas pelo Poder Legislativo poderão ser justas ou injustas⁶.

Com efeito, a parcela majoritária da sociedade responsável pela eleição dos representantes muitas vezes irá sobrepor seus ideais e vontades à parcela minoritária, não só em representação, mas inegavelmente em direitos. É o que Waldron descreve como “tirania da maioria”⁷. Nasce, assim, a indispensabilidade de se resguardar uma parcela da sociedade contra a injusta investida de outra⁸, conforme também já defendiam Hamilton e Madison quando discorriam sobre a Convenção Federal Americana de 1787 para a elaboração da Carta Constitucional daquele país⁹.

² BARBOSA, E. M. *Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 23.

³ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 88.

⁴ WALDRON, J. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 06, p. 1362, 2006.

⁵ No sentido da compreensão procedimentalista, as maiores expressões sobre o tema vêm dos pensamentos de John Hart Ely, *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard University Press, 1980; e em Jurgen Habermas, *Direito e democracia entre faticidade e validade*, v. 1, Tempo Português, 1997.

⁶ Segundo Waldron, injustiça é o que acontece quando os direitos ou interesses da minoria são fortemente subordinados aos da maioria.

⁷ WALDRON, J. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 06, p. 1369, 2006.

⁸ HAMILTON, A.; MADISON, J. O Federalista nº 51. In: *O Federalista*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004. p. 1395.

⁹ HAMILTON, A.; MADISON, J. O Federalista nº 51. In: *O Federalista*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004. p. 1321.

Na compreensão de Hamilton, isso ocorre a partir do exercício do poder judicial. Segundo defendido no “Federalista nº 78”, cabe à Corte Suprema a capacidade de reafirmar a soberania popular e ratificar a preeminência da Constituição. Por conseguinte, reasseguraria também a proteção da vontade da maioria. Assim, o Poder Judiciário seria um campo confiável para os direitos constitucionais, já que, como o mais fraco dos três poderes, ele não teria influência na seara econômica, garantindo a justiça e a segurança pública. Por essa razão, os atos do Executivo e Legislativo que se distanciem das disposições constitucionais estão sujeitos a sua verificação, podendo ser declarados incompatíveis com a Carta Constitucional¹⁰.

É a partir dessa mesma percepção que parte o estudo de Garavito ao aludir que a atuação do Poder Judiciário promove, *a priori*, uma melhor aplicação dos ideais da democracia, pois a tem como fundamento para ponderar os atos dos demais poderes, além das normas constitucionais¹¹. Com efeito, desde que partamos da premissa de que as Cortes não atuam motivadas pela vontade pessoal dos juízes e que os debates são de valor relevante na fixação de um entendimento único, fazendo os demais tribunais de instâncias inferiores seguirem os parâmetros dos julgamentos realizados nas Cortes Constitucionais¹².

Assim, a abertura do sistema jurídico, provocada pelos direitos fundamentais, é inevitável, desde que não fundada em arbitrariedade ou mero decisionismo, como sustentava Dworkin¹³.

Conquanto importa também ao debate a contraposição entre a democracia representativa e o constitucionalismo¹⁴, na medida em que esse último acaba por limitar as liberdades de deliberação dos eleitos pelo povo, fazendo-o com base na necessidade de proteção de todos, dando especial destaque às minorias.

¹⁰ HAMILTON, A.; MADISON, J. O Federalista nº 51. In: *O Federalista*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004. p. 470.

¹¹ RODRIGUEZ-GARAVITO, C. Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, n. 89, p. 1689, jun. 2011.

¹² WALDRON, J. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 06, p. 1364, 2006.

¹³ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 142.

¹⁴ Segundo Luís Roberto Barroso, a compreensão sobre o constitucionalismo, em essência, seria composta da ideia da limitação do poder e da supremacia da lei, conforme os ideais trazidos pelo Estado de Direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*.

Trata-se de uma teoria surgida a partir da Revolução Francesa e baseada em uma Constituição rígida, mas que busca resultados garantistas, ainda que isso importe em limitação aos demais poderes. A Constituição, portanto, deve conter direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores da sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade¹⁵.

Partindo desse plano, é possível afirmar que o sistema brasileiro de democracia implica a existência dessa teoria do constitucionalismo, no sentido de que adota valores consagrados pela sociedade¹⁶. Além disso, também não considera o processo democrático representativo como suficiente para a promoção de direitos, mostrando-se inapto ao alcance de resultados justos, mas sim os juízos de valores substantivos¹⁷.

Temos, assim, uma Constituição de valores, uma Carta que consagra convicções adotadas pela sociedade no momento constituinte e que funcionam como limites aos próprios cidadãos, bem como ao Poder Público¹⁸, em todas as esferas de atuação. Nada obstante, é justamente aqui que a participação do Judiciário no cenário de efetivação de direitos é de suma importância, pois atua como intérprete máximo da Constituição e permite a proteção dos direitos fundamentais como fundamento do Estado Democrático de Direito.

É nesse mesmo sentido que entende Waluchov, ao rebater as críticas ao *judicial review* feitas por Jeremy Waldron quanto à participação do Judiciário na resolução das demandas. Waldron, grande crítico desse sistema, afirma que sua função é apenas o desvio de decisões políticas, de acordo com a decisão majoritária do governo. Waluchov, a seu turno, ocupa-se de explicar a importância do controle de constitucionalidade para a democracia mundial, na medida em que perderia uma grande ferramenta apta a entender as demandas

¹⁵ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 91.

¹⁶ BARBOSA, E. M. *Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 24.

¹⁷ Na perspectiva substancialista, importante observar-se John Rawls (*A theory of justice*, 1999; *Liberalismo político*, 2000) e também Ronald Dworkin (*Taking rights seriously* e *O império do Direito*).

¹⁸ BARBOSA, E. M. *Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 84.

de direitos fundamentais, por estarem os juízes melhor posicionados¹⁹ para a compreensão do alcance das queixas, tendo em vista os limites institucionais dos legisladores – os representantes democráticos do povo²⁰.

Segundo Bickel, a atuação do juiz na contramão da maioria torna uma melhor aplicabilidade efetiva da Constituição, posto que, em questões polêmicas e relevantes, atuar contra o desejo da maioria faz o Poder Judiciário poder intervir e conduzir o exercício do Poder Legislativo aos valores morais da Constituição, de forma a evitar distorções²¹.

Luís Roberto Barroso corrobora esse pensamento, afirmando que a democracia não se limita ao princípio majoritário, mas estende-se à proteção dos direitos fundamentais. Isso, em especial após a Segunda Guerra, com o mundo percebendo que a existência de um Poder Judiciário independente e forte, por meio do controle contramajoritário, é importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais²².

Isso porquanto a Corte Constitucional é composta de agentes públicos não legitimados a partir da via eleitoral, cuja atuação é puramente técnica e imparcial. Os magistrados, por não deterem vontade política própria, aplicam a Constituição e as leis concretizando decisões tomadas pelo constituinte ou pelo legislador. No entanto, cabe-lhes também atribuir sentido às expressões vagas, fluidas e indeterminadas, tornando-se assim coparticipantes legítimos de criação do Direito²³.

A partir dessa perspectiva, é possível afirmar que assim se justifica a atuação do Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional, pelo controle de constitucionalidade a ser por ele exercido. Ao agir em defesa dos

¹⁹ Waluchow considera que os juízes estão mais próximos do povo em uma perspectiva de “baixo para cima” do que os legisladores, por isso estariam melhores posicionados para a compreensão das demandas e dos anseios populares na garantia dos direitos constitucionalmente assegurados.

²⁰ WALUCHOW, W. Constitutions as living trees: and idiot defends. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, p. 16, 2005.

²¹ BICKEL, A.; WELLINGTON, H. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/j.ctt1nqmb>. Acesso em: 11 jun. 2024.

²² BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, n. 5, p. 23-50, 2015, p. 28.

²³ BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista (Syn)thesis*, Rio de Janeiro, Universidade Estadual do Estado do Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-23, 2012, p. 28.

direitos constitucionais, estaria ele assegurando um tipo superior de democracia, conferida, exclusivamente, pela interpretação constitucional. Destarte, trata-se de uma função democraticamente legítima²⁴, haja vista a Constituição Federal ter disposto em seu texto a respeito da atuação da Suprema Corte no art. 102, I. Posto isso, também é inegável reconhecer que, embora haja posicionamentos contrários²⁵, cabe ao Poder Judiciário a defesa dos direitos das minorias, já que o artigo se refere a sua posição contramajoritária, sob a qual temos nos debruçado neste trabalho.

Nessa ótica, a vontade circunstancial da maioria é colocada de lado para tornar efetiva essa proteção, sendo o Supremo Tribunal Federal o protagonista final de interpretação. Seu papel, portanto, é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como fórum de princípios e razão pública, e não de política ou de ideologias particulares²⁶. Dessa forma, uma jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para uma democracia do que um risco.

Com efeito, o instrumento pelo qual o Poder Judiciário irá exercer esse controle contramajoritário de defesa das minorias é o *judicial review*. Segundo Vanberg, ele se caracteriza pelo poder dos juízes de afastar legislações ou atos administrativos, se concluídos como contrários à Constituição²⁷. O autor ainda sustenta que essa prática tem contribuído para a construção e permanência de um regime democrático estável, pois a postura firme das Cortes, que passaram a favorecer a produção de *accountability*, permite a preservação dessa estabilidade, mesmo diante do pluralismo do ambiente político²⁸.

Isso posto, de grande valia para o sistema brasileiro foram as contribuições internacionais do *judicial review*. Podemos destacar, primeiramente, a influência

²⁴ TOMELIN, G. *O Estado jurislador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 59.

²⁵ Roberto Gargarella, em seu texto “*La dificultad de defender el control judicial de las leyes*”, sustenta que não há nenhuma garantia que valide esse argumento, posto que inexistem indicações de que um órgão diferente do majoritariamente eleito pelo povo irá garantir de melhor forma os direitos das minorias.

²⁶ BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista (Syn)thesis*, Rio de Janeiro, Universidade Estadual do Estado do Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-23, 2012, p. 29.

²⁷ VANBERG, G. *The politics of Constitutional Review in Germany*. Cambridge University Press, p. 1, 2009.

²⁸ VALE, A. R. do. *Argumentação jurídica constitucional*. Um estudo sobre a deliberação dos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019. p. 50.

da Corte Constitucional da Colômbia em 1997²⁹, com a construção da ideia de “estado de coisas inconstitucional”³⁰, que, posteriormente, viria a ser utilizada na Ação Direta de Constitucionalidade nº 347 (ADPF 347) também em um exercício de atividade contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, ao declarar as prisões brasileiras um Estado de coisas inconstitucional, em razão da violação massiva de direitos fundamentais dos encarcerados, pela inércia do Poder Público em formular políticas públicas penitenciárias³¹.

Além desse, o caso “Grotboom” na África do Sul, julgado no ano 2000, também serviu de azo aos julgamentos contramajoritários pela Corte brasileira, inclusive na ADPF 347. Naquela ação, Irene Grotboom e mais de 900 pessoas, entre adultos e crianças, viviam em condições degradantes e buscaram, na

²⁹ BALDI, C. Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, a. V, n. 9, p. 54, ene./jun. 2013.

³⁰ Na Colômbia, o Estado de coisas inconstitucional foi reconhecido como um tipo de falha sistêmica do Estado, que, devido a sua omissão, deixa de respaldar o mínimo necessário para sua sociedade. In: ANDRADE, B. A. de; TEIXEIRA, M. C. O Estado de coisas inconstitucional – Uma análise da ADP 347. *Revista do Curso de Direito da Faculdade e Humanidades e Direito*, v. 13, n. 13, 2016. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/6767/5245>. Acesso em: 8 jan. 2024.

³¹ No ano de 2015, em petição redigida pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347 pleiteando a utilização do exemplar colombiano para reconhecimento do sistema carcerário brasileiro igualmente como um “Estado de coisas inconstitucional”, diante da inércia do Estado em promover condições dignas ao cumprimento de pena e do aumento exponencial da população carcerária brasileira. “Custodiado. Integridade física e moral. Sistema penitenciário. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema penitenciário nacional. Superlotação carcerária. Condições desumanas de custódia. Violação massiva de direitos fundamentais. Falhas estruturais. Estado de coisas inconstitucional. Configuração. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’. Fundo penitenciário nacional. Verbas. Contingenciamento. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. Audiência de custódia. Observância obrigatória. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 09.09.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 8 jan. 2024).

justiça, a efetivação de seus direitos à moradia previstos na Constituição Sul-Africana³². Assim, o mote foi o direito à moradia e a necessidade de despejos precederem um arranjo institucional que, por meio de políticas públicas, realocasse dignamente as pessoas. No caso, a Suprema Corte Sul-Africana decidiu favoravelmente aos moradores, obrigando o Poder Público a criar e adotar, de acordo com os recursos disponíveis, um programa abrangente e coordenado para, progressivamente, efetivar o direito ao acesso a uma moradia adequada³³.

Em âmbito nacional, nossa Constituição também consagrou esse exercício de controle de constitucionalidade. Enquanto em sua antecessora o principal caminho para chegar ao STF era por meio do recurso extraordinário³⁴, passamos a ter, além da ação de descumprimento de preceito fundamental, também a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) como novos instrumentos aptos ao controle jurisdicional e, por consequência, à efetivação de direitos fundamentais. Trata-se, assim, da função precípua do Tribunal Constitucional, e não apenas de Corte recursal como outrora.

A ADO, instrumento utilizado pelo STF para equiparar a homofobia ao crime de racismo³⁵, serve para sanar omissões inconstitucionais, pelas quais se dá a inobservância de um dever constitucional de legislar, o qual ainda decorre de comandos explícitos da Lei Magna, além de decisões fundamentais

³² A situação, em síntese, era a seguinte: Grotboom e as demais famílias que faziam parte do polo ativo da ação viviam em uma favela chamada Wallecedene, na qual não havia saneamento básico, serviços de limpeza pública, água potável e apenas 5% das casas tinha eletricidade. O Poder Público havia prometido melhorar a situação dos moradores, incluindo-os em um programa de fornecimento de casas a baixo custo. Todavia, passados mais de sete anos, isso ainda não havia sido realizado. Assim, os moradores da favela deixaram o local, passando a ocupar uma área particular, morando em lonas de plástico, mesmo sem o consentimento do dono do terreno. *In: PAUMGARTTEN, M. P. Constitucionalismo transformador: o caso sul-africano. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 147-161, ago. 2012, p. 155.*

³³ PAUMGARTTEN, M. P. Constitucionalismo transformador: o caso sul-africano. *Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 147-161, ago. 2012.*

³⁴ MENDES, G. Constitucionalidade e inconstitucionalidade, defesa da Constituição, tipos de inconstitucionalidade. *In: Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1052.*

³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 3 jul. 2024.*

da Constituição derivadas do processo interpretativo³⁶. Nesse sentido, a inconstitucionalidade por omissão é a inconstitucionalidade negativa, que resulta da abstenção, inércia ou silêncio do poder político que deixa de praticar determinado ato exigido pela Constituição³⁷.

Inclusive foi esse o argumento utilizado pela Corte Suprema quando do julgamento da ADO 26, que será abordada a seguir. Ao reconhecer a omissão legislativa, inicialmente caminhou dentro desse escurido trajeto pretendido pela ação direta de constitucionalidade por omissão. Reconheceu a mora legislativa em tipificar criminalmente a homofobia por descumprimento de preceito constitucional, pois a Carta Magna prevê o imperativo de criminalização de condutas que firam direitos fundamentais³⁸, além de ter violado os contornos interpretativos a respeito da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da proteção das minorias.

Como se vê, nesse âmbito, tratou-se de ação legítima. A exigência constitucional de ação é mandatória, não bastando o simples dever geral do legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional, ou seja, não estamos diante de uma norma constitucional exequível por si mesma³⁹. Por isso, é omissão constitucionalmente relevante.

No entanto, o reconhecimento do atraso legislativo não permite que o Supremo Tribunal Federal tome medidas ativas enquanto atua nessa posição. Nesse sentido, destaca-se, da lição trazida por Gilmar Mendes, que a Corte deve se limitar à declaração de omissão inconstitucional, determinando que o legislador empreenda a elaboração da lacuna⁴⁰. Sob outro aspecto, entretanto,

³⁶ MENDES, G. Constitucionalidade e inconstitucionalidade, defesa da Constituição, tipos de inconstitucionalidade. In: *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1160.

³⁷ PIOVESAN, F. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 91.

³⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.” (BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1º jul. 2024)

³⁹ PIOVESAN, F. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 92.

⁴⁰ MENDES, G. Constitucionalidade e inconstitucionalidade, defesa da Constituição, tipos de inconstitucionalidade. In: *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1170.

Marinoni concebe que se trata de um direito previsto constitucionalmente, o qual não pode ser inviabilizado. Sendo assim, nesses casos, cabe ao Judiciário a preparação da norma que deixou de ser editada⁴¹, já que se trata de importantes bens jurídicos em jogo, cabendo o preenchimento da lacuna pelo processo de argumentação a partir do discurso dos direitos fundamentais⁴². Isso, no entanto, sob a menor interferência possível na esfera jurídica privada do demandado⁴³.

2 A EQUIPARAÇÃO AO RACISMO PELO STF NOS DOIS CASOS PARADIGMÁTICOS

Diante das explicações acima trazidas, cumpre entender, a seguir, como se desenrolaram os casos utilizados como exemplos, para, na sequência, os debatermos sob a perspectiva da atuação do Supremo Tribunal Federal e do princípio da separação de poderes.

2.1 O CASO SIERGRIED ELLWANGER (HC 82.424/RS)

Em 19 de setembro de 2003, fora concluído, no Supremo Tribunal Federal, o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS, de relatoria originária do ex-Ministro Moreira Alves e relatoria designada do Sr. ex-Presidente e ex-Ministro Maurício Corrêa. Nessa oportunidade, a maioria da Corte entendeu pela denegação do *writ* ao paciente Siergried Ellwanger, que impetrou o remédio constitucional a fim de garantir o reconhecimento da prescrição executória da pena a que havia sido condenado no ano de 1996.

Conforme já introduzido neste texto, a decisão em questão é paradigmática para o presente estudo, pois inaugurou uma tendência da Corte Constitucional brasileira em realizar um controle ativo de constitucionalidade, mesmo em demandas de natureza criminal. Além disso, a despeito de se tratar de matéria diversa, serviu também como fundamento ao recente entendimento fixado na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, concluída em 13 de junho de 2019. Nela, o STF equiparou a prática de homofobia ao delito

⁴¹ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 1339.

⁴² ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 573.

⁴³ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 1339.

de racismo por meio do mesmo raciocínio realizado no paradigma, pontos que serão oportunamente abordados em capítulo próprio no decorrer deste trabalho.

Cumprido, então, introduzir o cenário fático do debate originário. A denúncia trazida na ação penal oriunda se referia à edição e publicação de livros de conteúdo antissemítico, preconceituoso e discriminatório pelo escritor e sócio da empresa “Revisão Editora Ltda.”, Sr. Siergried Ellwanger. Nessas condições, arguiu o Ministério Público que ele incitava e induzia a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica, especialmente por meio de um de seus livros, o denominado *Holocausto judeu ou alemão? – Nos bastidores da mentira do século*.

Absolvido em primeiro grau de jurisdição, foi posteriormente condenado em grau recursal, nos termos do art. 20 da Lei Federal nº 7.716/1989, à pena de dois anos de reclusão, sendo-lhe aplicado *sursi* de quatro anos, conforme os ditames do art. 77 do Código Penal. Por meio de seus procuradores, o paciente, primeiramente, impetrou *writ* perante o Superior de Tribunal de Justiça; ao julgar o caso, reconheceu a imprescritibilidade do crime, por legítima equiparação ao delito de racismo, nos termos dos ditames constitucionais previstos no art. 5º, XLII, da Carta Magna brasileira.

Inconformados com a decisão, fora impetrado novo remédio constitucional, agora à Corte Suprema, oportunidade em que arguiram a impossibilidade de extensão da disposição constitucional da imprescritibilidade aos crimes decorrentes de qualquer prática discriminatória, pois ela seria limitada ao racismo, por força do desejo do legislador.

O voto do ministro relator originário, Sr. Moreira Alves, foi no sentido de reconhecer a prescrição delitiva, conferindo entendimento diverso ao Superior Tribunal de Justiça e concedendo a ordem de *habeas corpus* ao paciente. Foi acompanhado pelo ex-Ministro Ayres Britto e pelo ainda Ministro Marco Aurélio, pois concordaram que a conduta fática não se perfaria no conceito de racismo, haja vista os judeus não serem considerados “raça”. Assim, a disposição do art. 5º, XLII, que dá azo à imprescritibilidade dos crimes de racismo, não estaria configurada no caso em concreto.

No entanto, a maioria da Corte seguiu a divergência apresentada pelo ex-Ministro e ex-Presidente Maurício Corrêa, equiparando a prática de

discriminação racial ao crime de racismo e conferindo-lhe a característica de imprescritibilidade. Segundo o voto condutor, a conduta do paciente, nesse sentido, perfaria o racismo pela edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitistas, que visam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversivas dos fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade do povo judeu. Daí a necessidade, inclusive, de se balancear tais direitos em contrapartida da liberdade de expressão, por conflitos entre normas fundamentais.

Assim, nessa ocasião, venceu a ideia de que o conceito de racismo deve ser compreendido como político-social, e não decorrente de conteúdo científico, pois não haveria diferenças entre os homens para considerá-los de raças diferentes. Sua abrangência decorreria da compatibilização de outros conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou ainda biológicos, todos unidos à construção de uma definição jurídico-constitucional para o termo. O que ocorre, portanto, é uma interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais.

Concluiu-se do julgamento em composição plena do Supremo Tribunal Federal, portanto, que a conduta do paciente teria incurso no art. 20 da Lei nº 7.716/1989 e deveria ser considerada racismo, já que publicara livros com apologia a ideias preconceituosas e discriminatórias contra o povo judaico.

2.2 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NA ADO 26

Desde o ano de 2013, vinha tramitando, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, proposta pelo Partido Popular Socialista, que pretendia a declaração de inconstitucionalidade por omissão da inércia do Congresso em proteger a comunidade LGBT, permitindo que estivessem sujeitos às exposições e graves ofensas perpetradas contra seus direitos constitucionais.

Segundo a parte autora, o Congresso Nacional, ao deixar de legislar para criar tipo penal que puna condutas decorrentes de homofobia, estaria descumprindo seu dever de proteção da dignidade da pessoa humana e o mandato constitucional de criminalização de condutas que ofendam direitos

fundamentais lá garantidos. Assim, seria necessário o reconhecimento, pela Suprema Corte brasileira, de situação de omissão inconstitucional imputável ao Poder Legislativo, com consequente determinação ao Poder Legislativo de que adote medidas necessárias à concretização das normas constitucionais.

Sendo constatada a inércia do Congresso Nacional, requereu que fosse dada interpretação conforme pela Corte, equiparando as práticas homofóbicas ao crime de racismo, porque tais conceitos não estariam restritos à razão de cor, etnia, religião ou procedência nacional, como já entendido no paradigma. Assim, o pedido basicamente se lastreou no precedente do HC 82.424/RS, que adotou atitude semelhante quando do julgamento do *writ* impetrado por Siegfried Ellwanger.

Apesar de essa demanda estar em trâmite desde o ano de 2013, foi apenas a partir de fevereiro de 2019 que a população e a mídia voltaram os olhos para o caso, pois se deu início seu julgamento. Nessa data, o relator da ação, Ministro Celso de Mello, foi responsável pelo voto condutor da tese de equiparação das condutas, que se sagrou vencedora no dia 13 de junho de 2019.

Segundo o voto proferido, cabe também ao Supremo Tribunal Federal proteger a comunidade LGBT a partir de interpretação conforme a Constituição, tendo em vista os avanços da sociedade desde sua promulgação, no ano de 1988. Ainda, de acordo com o ministro, ao dar procedência à ação para fixar o entendimento temporário de comparar a homofobia ao delito de racismo até que o Congresso Nacional legisle sobre o tema, não estaria a Corte ofendendo o princípio da legalidade penal, tampouco violando a separação de poderes por meio de invasão de competências. Trata-se de função contramajoritária típica do exercício do Poder Judiciário, trazida pela própria Carta Constitucional brasileira e pela Reforma do Judiciário introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Conforme requerido pela parte autora, o relator utilizou o precedente do HC 82.424/RS, já que nele explicou que se trataria de necessária proteção a ser conferida ao “povo judeu”, de forma que, analogicamente, estenderíamos a mesma proteção constitucional dada às garantias fundamentais da “comunidade LGBT”. Durante os mais de quatro meses de votação, votaram no mesmo sentido outros sete ministros da Corte: Edson Fachin, Luiz Fux, Carmem Lúcia, Rosa Weber, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Luiz Roberto Barroso.

No entanto, o Ministro Ricardo Lewandowski foi responsável pela abertura da divergência do debate, acompanhado integralmente pelos votos dos Ministros Marco Aurélio e do Presidente da Corte, Dias Toffoli.

Em seu voto, Lewandowski sustentou a necessidade de limitação da atuação do Judiciário, sob pena de violação de poderes e ofensa às regras democráticas. Ainda que caiba ao STF a legítima função contramajoritária, não poderia ele invadir a competência do Poder Legislativo, o que estaria fazendo ao equiparar tais condutas. Além disso, estaria configurada, ainda, clara ofensa às próprias garantias constitucionais do princípio da estrita legalidade, o qual determina “que não há crime sem lei anterior que o preveja”.

Com a vitória por oito votos a três pelo reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão pretendida na petição inicial, venceu também a tese que pretendia equiparar as condutas com base no controle de constitucionalidade conferido pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal, bem como sua postura contramajoritária necessária para manutenção da democracia e do Estado Democrático de Direito. Assim, restou definido pela Corte que a interpretação analógica seria dada de forma provisória, até que o Congresso Nacional legislasse definitivamente sobre o tema. Por fim, determinou-se a intimação do órgão, para que tome as medidas legais cabíveis.

É a partir desse julgamento, portanto, que surge a necessidade do debate acerca dessa postura da Corte Suprema, especialmente no que concerne à real função desse sistema contramajoritário, para finalmente analisarmos, ao final, se a conduta de equiparação dada pelo STF estaria, ou não, ofendendo a separação de poderes e tornando-se não uma proteção, mas sim um perigo iminente ao Estado Democrático de Direito e às garantias constitucionais trazidas pela Carta Magna.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO STF COMO OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES E PERIGO À DEMOCRACIA

Historicamente, a concepção dos três poderes foi criada por Montesquieu como um óbice ao despotismo real⁴⁴. Desse modo, o que se hoje constitui uma cláusula pétrea na Constituição Federal brasileira, em sua origem não se referia

⁴⁴ MONTESQUIEU, C. de S., Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

a um princípio de separação das esferas de poder propriamente dito, mas sim de inibição de uma força pela outra de forma recíproca.

Isso porque, na época, a esfera de poder abusiva estava no Executivo, o qual se concentrava nas mãos do rei, deixando os demais poderes à margem das relações do Estado, às vezes até mesmo os tornando nulos⁴⁵. Inclusive, como já salientado nesse trabalho, dentre os três, o Poder Judiciário era considerado o mais fraco politicamente, não oferecendo risco à instituição do Estado ou mesmo, posteriormente, à democracia⁴⁶.

A neutralidade do exercício jurisdicional não se refere apenas ao que concerne às decisões imparciais, mas também à neutralização política. Pressupõe-se, nesse sentido, uma superioridade da lei, de modo que estaríamos diante de uma congruência entre as funções, um equilíbrio jurídico. Entretanto, a despeito do fiel cumprimento da lei, é preciso que a decisão judicial responda às necessidades concretas decorrentes da realização da justiça, da paz social, da salvaguarda dos direitos individuais e, sobretudo, da segurança jurídica⁴⁷. Tal tarefa é conferida à Suprema Corte, a partir da posição contramajoritária, como visto.

Assim, é consabido que os direitos fundamentais são posições que implicam a atuação protetiva. O não cumprimento de um dever ou de uma violação de competência por parte do legislador não justifica uma objeção de uma transferência inconstitucional das competências do legislador para o tribunal. Segundo Alexy, não é esse o caso. Não se trata de uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas de algo que não é só permitido pela Constituição, mas também exigido⁴⁸.

Todavia, a postura contramajoritária legítima da Corte Constitucional não a desobriga do cumprimento de outras regras constitucionais. Nesse sentido foi que a Constituição Federal definiu a divisão de poderes no

⁴⁵ FERRAZ, T. S. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, n. 21, 12-21, p. 14, 1994.

⁴⁶ HAMILTON, A.; MADISON, J. O Federalista nº 51. In: *O Federalista*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004. p. 470.

⁴⁷ FERRAZ, T. S. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, n. 21, 12-21, p. 15, 1994.

⁴⁸ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 546.

Estado, prevendo a atribuição do Poder Legislativo para a tarefa de produção normativa por excelência, em razão do princípio majoritário, caro aos sistemas democráticos⁴⁹.

Com a ascensão do conceito de supremacia constitucional no mundo, os tribunais tornaram-se instituições sensíveis aos reclamos populares de grupos sistematicamente excluídos da esfera política e, ao transferir essa responsabilidade para a instituições judiciais, evita-se a responsabilização política por decisões impopulares⁵⁰. Ao judicializar tais questões, contribui-se para a inserção de determinados temas na agenda política, alcançando seus direitos por uma via estratégica, o Judiciário. Trata-se de um acesso mais simples, mais rápido e menos custoso do que o Legislativo, evidentemente⁵¹.

No entanto, é importante destacar que, mesmo dentro dessa perspectiva assecuratória, existem determinadas atribuições que são de competência exclusiva do Poder Legislativo, trazidas ao escopo da Carta Magna justamente com a intenção de limitar não só o Executivo como outrora, mas agora também os demais poderes, a fim de que não afetem determinados núcleos fundamentais dos sujeitos de direito. Entre eles, está o princípio da estrita legalidade em matéria penal⁵².

Prevê a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXIX, o direito à legalidade penal, de modo que ninguém será processado ou julgado por crime que não tenha sido criado por lei, ou seja, a letra constitucional é clara: somente a lei,

⁴⁹ KOLLER, C. E.; RIBEIRO, M. C. P. O papel contramajoritário do julgador e o embate entre constitucionalismo e democracia. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, a. 4, n. 5, p. 501-522, 2018, p. 507.

⁵⁰ HIRCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Tradução: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. *Revista de Direito Administrativo*, 251, n. 0, p. 174, mar. 2013.

⁵¹ GALANTER, M. Why the “haves” come out ahead: Speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, 9, n. 1, 1974.

⁵² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2024)

em sentido formal, pode criminalizar condutas⁵³. E essa atribuição, como consabido, é de competência exclusiva do Congresso Nacional⁵⁴.

Assim, é evidente que, em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional da lei em sentido formal, tendo em vista que a Carta Magna somente admite a lei interna como uma única fonte formal e direta de regras de direito penal. Significa que as cláusulas de tipificação e de cominação penas, para efeito de repressão estatal, são subsumidas ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, por consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento⁵⁵.

Assim, diante dos casos analisados e da perspectiva contramajoritária do Supremo Tribunal Federal em garantir direitos minoritários, temos o argumento da legalidade, preceito tão importante quanto a obrigação constitucional de criminalizar condutas atentatórias a direitos fundamentais. Imperioso destacar ainda que ambos figuram como cláusulas pétreas do ordenamento jurídico brasileiro.

É uma clara hipótese de conflito. Por um lado, pretende-se a proteção de uma parte da sociedade minoritária, pela qual o Poder Judiciário está obrigado e legitimado a proteger, como visto. Por outro, como juiz não legisla, a congruência exige uma aceitação da mutabilidade do direito por força de processos legislativos e o respeito a uma máxima interpretativa que não foi seguida nesse caso.

Conforme ensina Carlos Maximiliano, as regras ampliativas de direito devem ser interpretadas ampliativamente, enquanto as regras restritivas de direitos devem ser interpretadas restritivamente⁵⁶. Assim está adequada, por exemplo, a decisão que equiparou o casamento homoafetivo ao casamento tradicional. No entanto, sob a ótica da hermenêutica jurídica, não há dúvidas

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Voto Ministro Ricardo Lewandowski. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 17 jul. 2019.

⁵⁴ Conforme o entendimento de Luiz Flávio Gomes, é consabido que, no direito penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento pode aprovar crimes e penas de forma exclusiva. Assim, lei não aprovada pelo Parlamento não é válida. (GOMES, L. F. *Comentários à Constituição Americana de Direitos Humanos*, v. 4, 2008)

⁵⁵ SANTOS, J. C. dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Empório do Direito, 2017. p. 56.

⁵⁶ MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 102.

de que a decisão proferida pela Corte em 13 de junho de 2019 restringe direitos; daí, então, a necessidade de ser regulamentada pela via legislativa.

De outra banda, também se salienta que a decisão utilizou fundamentos de interpretação conforme de fundamento da decisão do Caso *Ellwanger*, no qual também ocorreu a equiparação judicial de uma conduta não tipificada legalmente a uma já existente, configurando-se não só violação da legalidade, mas da impossibilidade de se realizar analogia *in malam parten*⁵⁷ e, conseqüentemente, à separação de poderes.

Isso tudo, não obstante não haver dúvidas de que a omissão legislativa restou configurada no cenário da homofobia. Isso porque, nesse caso, houve uma pretensa ação constitucional que transformava o Tribunal em Corte legítima para a atuação contramajoritária, ainda que em desrespeito à separação de poderes. Foram no mínimo cinco anos de omissão legislativa desde a propositura do atual projeto de lei para criminalização da homofobia, ainda em trâmite no Congresso Nacional. Antes disso, no entanto, outro projeto já havia sido apresentado e arquivado, de modo que a mora legislativa é incontestável. Em 2004, por sua vez, tratou-se de um *habeas corpus*, impetrado pela defesa do acusado, o qual se reverteu contra ele próprio, fixando o entendimento de uma equiparação legislativa por meio de decisão judicial.

Nessa perspectiva, não é só a separação de poderes que se encontra sob perigo, pois a atuação jurisdicional em casos assim pode também afetar a confiança democrática da Instituição. Isso porque muitas vezes – como nos casos em questão aqui analisados – a Corte irá atuar conforme a vontade popular, obtendo seu apoio e, em outras, conforme a posição dos governos ou da política, com clara perda de apoio do povo, em razão de decisões que muitas vezes são contrárias a sua vontade⁵⁸. Assim, sua atuação estaria institucionalmente insegura. Para corroborar esse pensamento, Roux⁵⁹ ainda

⁵⁷ Trata-se de um princípio fundamental de direito penal que impede a utilização do método hermenêutico analógico para prejudicar o acusado. Apesar da legalidade no uso da analogia para suprir lacunas, na forma prevista pelo Código de Processo Penal, ela não pode servir ao agravo de uma pena ou ao prejuízo de qualquer condição ao réu. Nota da autora.

⁵⁸ ROUX, Theunis. Principle and pragmatismo on Constitutional Court of South Africa. *Oxford University Press and New York University School of Law*, v. 7, n. 1, p. 106-138, 2009, p. 110.

⁵⁹ ROUX, Theunis. Principle and pragmatismo on Constitutional Court of South Africa. *Oxford University Press and New York University School of Law*, v. 7, n. 1, p. 106-138, 2009, p. 110.

utiliza como exemplos alguns casos julgados na Corte Superior da África do Sul (CCSA), apontando que, em algumas oportunidades, ela agiu conforme os interesses do povo e, em outras, conforme a vontade do governo. Disso, portanto, retira a conclusão de que não é possível afirmar que a Corte em questão esteja em uma melhor posição atualmente do que outrora, dadas suas problemáticas institucionais.

Essa atuação jurisdicional desmedida já era mencionada por Gargarella, quando explica que esse tipo de atuação pode causar uma crise política ao Poder Legislativo, democraticamente reconhecido como majoritário. A alegada proximidade entre juízes e cidadãos não seria suficiente para resolver a falta de legitimidade democrática dos juízes para legislar⁶⁰. Esse argumento, aliás, sequer faria sentido em território brasileiro, já que é impossível apontar uma identidade entre os ministros da Suprema Corte e a sociedade, especialmente quando essa última clama pelo “fechamento” da Corte Constitucional. Somente em países com a democracia bem desenvolvida seria possível esse tipo de atuação defendida.

Corroborar-se também pelo entendimento de Garavito. Apesar de o autor partir da premissa de que a atuação jurisdicional é imprescindível para a efetivação da democracia e das normas constitucionais, segundo seu pensamento, muitas vezes os remédios escolhidos não são adequados, pois acabam intervindo em políticas públicas ou em processos legislativos de competência exclusiva. Sendo assim, sua atuação, muitas vezes, iria contra as próprias regras majoritárias da democracia⁶¹.

Diante desse cenário, Godoy sugere que a teoria da construção coordenada não seria o suficiente. Ela propõe uma interpretação já compartilhada, na qual os poderes exercem cada um a sua função e competência e, assim, o resultado final seria uma compreensão comum da Constituição. No entanto, segundo ele, em verdade essa teoria se baseia e promove uma disputa entre os poderes,

⁶⁰ GARGARELLA, R. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Journal Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 6, p. 55-70, abr. 1997, p. 61.

⁶¹ RODRIGUEZ-GARAVITO, C. Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, n. 89, p. 1692, jun. 2011.

no sentido de quem tem a melhor ou mais adequada interpretação sobre a Constituição, ao invés de promover um diálogo construtivo entre as relações⁶².

Como sustentado por Marinoni, o problema se apresenta na situação como o juiz irá suprir a providência decorrente da lei, já que a Constituição não detém a regulamentação adequada prescrita em seu texto legal. No entanto, sustenta o próprio autor que isso deve ser feito com parcimônia, a fim de que cause a menor restrição possível à esfera jurídica da parte adequada⁶³, o que, evidentemente, não ocorreu nesse caso. O que existe, não obstante, é a previsão de outros direitos e garantias que não podem ser suprimidos em prol da supressão da omissão legislativa inconstitucionalmente constata.

Segurança jurídica é estabilidade. Por outro lado, a insegurança resulta justamente desse procedimento de conversão do que seria a norma legal em norma de decisão do caso concreta. Isso porque quem qualifica e manuseia os fatos os corta e recorta ao bel-prazer da solução que antecipadamente já decidiu ser a correta⁶⁴.

É aí que reside, inclusive, o cerne da interpretação judicial, segundo o que defende Waldron. Todavia, conforme o pensamento do próprio autor, isso não pode ser justificado para que as decisões sejam tomadas de acordo com as vontades dos julgadores: os direitos constitucionais e as Declarações de Direitos precisam ser levados a sério⁶⁵. Em outro texto, o autor também entende que dar a “última decisão” ao Poder Judiciário é perigoso, não só pela ofensa à separação de poderes, mas principalmente pelo risco de os juízes decidirem em própria causa, assim como o Legislativo. Não seria, portanto, uma solução conceder essa interpretação final ao Judiciário⁶⁶. Ambas as formas acabariam por oferecer perigo à vontade popular e, conseqüentemente, à democracia.

Assim, é consabido que não existe mais uma separação de poderes bem dividida, equânime. A ideia trazida por Montesquieu de que o julgador não

⁶² GODOY, M. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese de doutorado: Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 156.

⁶³ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 1339.

⁶⁴ TOMELIN, G. *O Estado jurislador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 67.

⁶⁵ WALDRON, J. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 06, p. 1368, 2006.

⁶⁶ WALDRON, J. Legislatures judging their own cause. *Legisprudence*, 125, v. 3, p. 132, 2009.

poderia produzir direitos não é mais aplicada⁶⁷. A Constituição Federal de 1988, apesar de deter as cláusulas relativas à separação de poderes, trouxe também premissas constitucionais que permitem, em determinadas circunstâncias, uma atuação do Poder Judiciário de modificação ou contrariedade à disciplina legal, ainda que esta interferência possa ser considerada contramajoritária. Por isso, o mais adequado é o diálogo entre os Poderes.

O Supremo Tribunal Federal deixa de assumir uma postura última de intérprete máximo da Constituição, enquanto o Poder Legislativo reconhece a importância da sua intervenção no processo democrático⁶⁸. É o sistema de freios e contrapesos adotados dentro do Brasil, evitando a supressão de um poder sobre o outro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação contramajoritária pode ser vista como uma adequada representação do Poder Judiciário no interesse das minorias, até porque o Poder Legislativo está sujeito a variadas razões para não tomar uma série de decisões políticas. Entretanto, a delimitação da separação dos poderes não é fácil na análise de casos concretos. A chamada judicialização dos direitos que conduz à criação de legislaturas protetivas a certos grupos ou extratos sociais, ao mesmo tempo em que reproduz, muitas vezes, os anseios da própria democracia, inclusive mediante a aplicação de preceitos constitucionais pode subverter o ideal inicial: a própria proteção pretendida pela lei democraticamente concebida quando a situação analisada envolve relações negociais, a confluência das competências legislativa e julgadora pode provocar efeitos indesejáveis, especialmente quando se considera um sistema de liberdade de mercado⁶⁹.

Trata-se de uma perspectiva assecuratória de direitos, mediante o controle de um poder que não é majoritária, mas que justamente por isso exerce uma proteção efetiva. No entanto, mesmo com essa relação complementar entre os

⁶⁷ MONTESQUIEU, C. de S., Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 157.

⁶⁸ GODOY, M. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 181.

⁶⁹ KOLLER, C. E.; RIBEIRO, M. C. P. O papel contramajoritário do julgador e o embate entre constitucionalismo e democracia. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, a. 4, n. 5, p. 5007, 2018.

poderes, existem alguns núcleos constitucionais que não podem ser afetados, mesmo sob a égide de proteção de minorias.

Nos casos aqui analisados, o que se conclui é que estamos diante desse aparente conflito entre princípios constitucionais. É evidente que a mora legislativa não pode se calcar na pretensão da separação dos poderes para salvaguardar uma possível intervenção do Judiciário ou, ainda, uma possível responsabilização. Tratando-se de direito constitucionalmente assegurado, cumpriria aos demais Poderes democráticos tornar possível que sejam efetivados, não podendo a separação de poderes transformar as garantias constitucionais em letra morta. Nessa medida, caberá sim, ao Judiciário, intervir nesse processo ampliativo de direitos, desde que não ofenda princípios como a legalidade e a taxatividade, importantes limites também constitucionais aos Poderes Federativos.

Embora as respostas e decisões do Judiciário sejam absolutamente necessárias, elas não podem dar um sentido único à Constituição que signifique o que a Corte diz que significa, sem a consideração de outros ditames também constitucionais como a separação de poderes e a legalidade penal.

Diante disso, o que se demonstrou neste trabalho, a partir da comparação dos dois julgados, é essa atuação desmedida da Corte majoritária, mesmo contramajoritariamente. No primeiro caso, tratou-se de um *habeas corpus* impetrado pela defesa do acusado, demonstrando que o Supremo Tribunal Federal reverteu a decisão contra próprio impetrante, fixando o entendimento de uma equiparação legislativa por meio de decisão judicial, ainda em malefício ao réu.

Sob outro aspecto, a mesma conclusão se infere do segundo julgado. Embora se trate de outra ação julgada – no primeiro caso, estamos diante de um *habeas corpus* e, portanto, *interpartes*, enquanto, no segundo, estamos diante de uma ADO e, portanto, seus efeitos são *erga omnes* –, é possível observar que o Supremo Tribunal Federal agiu desmedidamente da mesma forma.

Nessa perspectiva, o que se obtém da pesquisa é que não é só a separação de poderes que se encontra sob perigo, pois a atuação jurisdicional, em casos assim, pode também afetar a confiança democrática da instituição, mas também a violação de pilares institucionais do Estado de Direito, como o princípio da

estrita legalidade, o qual nos protege da intervenção ilegítima do poder do Estado.

Propõe-se, portanto, uma perspectiva de diálogo interinstitucional que não veja nenhuma oposição entre os Poderes, posto que o exercício do controle de constitucionalidade não se opõe e nem se sobrepõe ao exercício legislativo. É evidente que a busca de um equilíbrio para essa tensão passa, como já sustentava Godoy, pelo abandono dessa leitura dicotômica de separação de poderes, apostando em uma perspectiva teórico-prática radicalmente democrática, segundo as virtudes e capacidades de cada um dos atores, de tal forma que a interação entre eles seja, ainda que conflitiva, dialógica⁷⁰.

Trata-se de uma atividade interpretativa que deve ser feita realmente conforme a Constituição, não violando outros princípios e garantias lá também assegurados. Ela decorre não só da luta do Judiciário pela última palavra sobre a Constituição ao agrado popular, mas sobretudo das capacidades de uma ou outra instituição e da interação deliberativa entre elas pela busca das melhores razões para justificar suas posturas e julgamentos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

ANDRADE, B. A. de; TEIXEIRA, M. C. O Estado de coisas inconstitucional – Uma análise da ADP 347. *Revista do Curso de Direito da Faculdade e Humanidades e Direito*, v. 13, n. 13, 2016. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/6767/5245>. Acesso em: 8 jan. 2024.

BALDI, C. Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador. *Revista de Derechos Humanos y estudios sociales*, a. V, n. 9, ene./jun. 2013.

BARBOZA, E. M. *Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, n. 5, p. 23-50, 2015.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷⁰ GODOY, M. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 169.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista (Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, Universidade Estadual do Estado do Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-23, 2012.

BICKEL, A.; WELLINGTON, H. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/j.ctt1nqmb>. Acesso em: 11 jun. 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 3 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 82.424-2/RS*. Tribunal Pleno. Relator originário: Ministro Moreira Alves. Relator para acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Data de julgamento: 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 3 jul. 2024.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GALANTER, M. Why the “haves” come out ahead: Speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review* 9, n. 1, 1974.

GARGARELLA, R. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Journal Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 6, p. 55-70, abr. 1997.

GODOY, M. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese de doutorado: Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

GOMES, L. F. *Comentários à Constituição Americana de Direitos Humanos*, v. 4, 2008.

FERRAZ, T. S. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, n. 21, p. 12-21, 1994.

HAMILTON, A.; MADISON, J. O Federalista nº 51. In: *O Federalista*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

HAMILTON, A.; MADISON, J. O Federalista nº 78. In: *O Federalista*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

HIRCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Tradução: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. *Revista de Direito Administrativo*, 251, n. 0, mar. 2013.

KOLLER, C. E.; RIBEIRO, M. C. P. O papel contramajoritário do julgador e o embate entre constitucionalismo e democracia. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, a. 4, n. 5, p. 501-522, 2018.

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENDES, G. Constitucionalidade e inconstitucionalidade, defesa da Constituição, tipos de inconstitucionalidade. In: *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTESQUIEU, C. de S, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PAUMGARTTEN, M. P. Constitucionalismo transformador: o caso sul-africano. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 147-161, ago. 2012.

PIOVESAN, F. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUEZ-GARAVITO, C. Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, n. 89, jun. 2011.

ROUX, T. Principe and pragmatismo on Constitutional Court of South Africa. *Oxford University Press and New York University School of Law*, v. 7, n. 1, p. 106-138, 2009.

SANTOS, J. C. dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Empório do Direito, 2017.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

TOMELIN, G. *O Estado jurislador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VALE, A. R. do. *Argumentação jurídica constitucional*. Um estudo sobre a deliberação dos tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina, 2019.

VANBERG, G. *The politics of Constitutional Review in Germany*. Cambridge University Press, 2009.

WALDRON, J. Legislatures judging their own cause. *Legisprudence*, 125, v. 3, 2009.

WALDRON, J. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 06, 2006.

WALUCHOW, W. Constitutions as living trees: and idiot defends. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2005.

Submissão em: 08.07.2024

(Avaliador A) Avaliado em: 19.03.2025

(Avaliador B) Avaliado em: 09.10.2024

Aceito em: 21.05.2025