

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL

Faculdade de Direito de Alagoas - FDA

ÊUNYTON VERÇOSA DA SILVA

**DA EQUIPARAÇÃO DA HOMOFOBIA AO CRIME DE RACISMO POR MEIO DA
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NÚMERO 26**

Maceió/AL

Setembro/2021

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

S586d Silva, Êunyton Verçosa da.
Da equiparação da homofobia ao crime de racismo por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26 / Êunyton Verçosa da Silva. – 2021. 63 f.

Orientador: Maurício André Barros Pitta.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2021.

Bibliografia: f. 57-63.

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 2. Racismo. 3. Direito penal. 4. Ativismo judicial. 5. Interpretação integrativa. 6. Interpretação conforme a constituição. 7. Princípio da separação dos poderes. 8. Homofobia. I. Título.

CDU: 342

Resumo: A presente monografia tem como objetivo o estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26. Em primeiro momento será exposto uma síntese do caso e pontos que a envolvem, a saber, a Lei de Racismo e o caso Ellwanger. Em momento posterior, analisar-se-á as espécies de Controle de Constitucionalidade e o Mandado de Injunção, com aprofundamento na espécie Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Posteriormente, serão expostos os fundamentos da decisão e suas implicações no Direito Penal, iniciada pela conceituação e aplicação do ativismo judicial no cenário brasileiro cumulado com a diferenciação dos métodos integrativo e interpretativo. Quanto à interpretação, o foco será na *analogia in malam partem*, interpretação extensiva e analógica para só então alcançarmos a interpretação conforme à Constituição, neste ponto buscar-se-á compreender o seu devido emprego e conceituação, servindo de importante substrato legitimador do acórdão. Em último momento, serão esboçadas críticas à mitigação do princípio da separação dos poderes bem como ao ativismo judicial, ao demonstrar a validade dos argumentos que contrariam a decisão em estudo e os perigos e inconvenientes produzidos pela atuação legislativa exercida pelo Poder Judiciário, mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Lei de Racismo; caso Ellwanger; Direito Penal; ativismo judicial; métodos interpretativo e integrativo; interpretação conforme à Constituição; mitigação do princípio da separação dos poderes.

Abstract: This monograph aims to study the Direct Action of Unconstitutionality by Default Number 26. Firstly, a summary of the case and points that involve it, namely the Racism Law and the Ellwanger case, will be exposed. Subsequently, the Constitutionality Control types and the Injunction Warrant will be analyzed, with a deeper look at the Direct Action of Unconstitutionality by Default. Subsequently, the fundamentals of the decision and its implications in Criminal Law will be exposed, initiated by the conceptualization and application of judicial activism in the Brazilian scenario combined with the differentiation of the integrative and interpretative methods. As for the interpretation, the focus will be on the analogy in *malam partem*, extensive and analogue interpretation so that we can then reach the interpretation according to the Constitution, at this point we will try to understand its proper use and conceptualization, serving as an important legitimizing substrate of the judgment. Lastly, criticisms will be outlined regarding the mitigation of the principle of separation of powers as well as judicial activism, by demonstrating the validity of the arguments that contradict the decision under study and the dangers and inconveniences produced by the legislative action exercised by the Judiciary, more specifically by the Federal Court of Justice.

Keywords: Direct Action of Unconstitutionality by Default; Racism Law; Ellwanger case; Criminal Law; judicial activism; interpretive and integrative methods; interpretation in accordance with the Constitution; mitigation of the principle of separation of powers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NÚMERO 26	9
1.1 Síntese da decisão em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26	9
1.1.1 Lei de Racismo e caso Ellwanger	9
1.1.2 Síntese da decisão <i>in concreto</i>	10
1.2. O Controle de Constitucionalidade	13
1.2.1 Espécies de Controle de Constitucionalidade	13
1.2.2 Natureza, sujeitos da relação e objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	17
1.3. Breve análise sobre o Mandado de Injunção em face da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e seus efeitos decisórios	21
1.3.1 Conceito, pólo ativo e passivo do Mandado de Injunção	21
1.3.2 Efeitos da decisão em sede de Mandado de Injunção	22
1.3.3 Efeitos da decisão em sede de ADO	23
1.3.4 Aspectos divergentes e convergentes entre Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	25
CAPÍTULO II: ASPECTO PENAL DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 26	27
2.1. Ativismo judicial	27
2.2. Aplicabilidade dos métodos interpretativo e integrativo no direito penal	32
2.3 Interpretação conforme à Constituição	36
CAPÍTULO III: CRÍTICAS À AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26	42
3.1 Princípio da Separação dos Poderes e a sua mitigação	42
3.2 Crítica ao ativismo judicial	48
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como alvo a análise dos fundamentos e consequências da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26, que trata da equiparação da homotransfobia ao crime de racismo, ao discutir a legitimidade da decisão sob uma ótica doutrinária e principiológica.

O tema denota extrema importância por ser atual e pouco explorado pela doutrina. Novos aspectos foram introduzidos pela decisão e isso implicou em uma maior abertura e controle exercido por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, houve invasão na seara do Poder Legislativo por conceder ao STF competência para a edição de norma até que lei seja editada com vista a suprir omissão inconstitucional, indo de encontro ao que preceitua o art. 12-h da Lei 12063/09, que limita o próprio Supremo em censurar o Poder omissor. Dessa forma, a simples análise do texto da lei implica na oposição imediata ao acórdão, diante disso, busca-se uma análise sistêmica com base na doutrina, jurisprudência, teorias e princípios que norteiam o Direito.

A monografia foi dividida em três capítulos. No primeiro capítulo foi introduzido o caso Ellwanger em conjunto com a Lei de Racismo e a sua evolução. O caso Ellwanger tornou-se importante por permitir alargar o conceito de racismo, este por sua vez teve seu germe tímido, que aos poucos foi tomando amplitude ao ponto de obter proteção constitucional. Ademais, introduzimos, de maneira sintetizada, o caso em análise e os principais aspectos discutidos na demanda.

Um outro ponto introduzido no capítulo inicial foram as espécies de controle de constitucionalidade, afinando e detalhando o estudo da ADO e os seus aspectos referentes à legitimidade ativa, à passiva e ao objeto da demanda. Buscou-se, ainda, no primeiro capítulo, afastar a confusão entre ADO e o Mandado de Injunção, ação esta capaz de suprir omissão inconstitucional, mas que diverge da ADO em diversos aspectos que foram trazidos na monografia.

Com a introdução do primeiro capítulo foi observado que o tema não possui uma solução fácil e direta, precisa-se de um estudo mais aprofundado dos pontos que envolvem a decisão, pois há implicações em seara constitucional e penal. Diante disso, o segundo capítulo

se inicia com o estudo do ativismo judicial, tema que tem ganhado força desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, mas que já vinha sendo trabalhado em outros países.

Como será observado, o ativismo judicial rompe com paradigmas e busca a concretização dos direitos fundamentais. Sua legitimidade advém de uma leitura aberta e principiológica que, por vezes, ataca regras ao perquirir o conceito de eficácia social. O segundo capítulo prossegue com a análise dos métodos interpretativo e integrativo do Direito Penal. Quanto à interpretação, importa definir os conceitos de interpretação analógica e extensiva; quanto à integração, será feito um comparativo entre aquelas formas de interpretação e a analogia com vista à definir e separar a *analogia in malam partem* da interpretação conforme à Constituição.

A interpretação conforme à Constituição tem sido um dos pontos altos na doutrina e jurisprudência por conferir maior capacidade do Poder Judiciário em promover direitos e garantias fundamentais ao retirar a sua legitimidade da própria Constituição, esse comportamento por vez vai de encontro à temas que possuem competência originária de outros órgãos e gera algumas áreas de atritos. Assim, com base nessas áreas de atritos é que será iniciado o terceiro e último capítulo.

O terceiro capítulo irá analisar a decisão sob uma perspectiva desconfiada e crítica ao investigar os pontos de atrito gerado pelo ativismo judicial e conseqüente mitigação do princípio da separação dos poderes por implicar em um constante questionamento sobre a legitimidade da decisão do STF e do sacrifício de determinados princípios para a promoção de outros.

O trabalho terá como base o estudo teórico acerca do tema, sendo explorado com base na doutrina e jurisprudência. Sendo assim, serão utilizados livros, artigos e casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, todo o arcabouço teórico será utilizado com o intuito de enriquecer a monografia e promover um senso crítico no que pertine a temática abordada.

CAPÍTULO I: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NÚMERO 26

1.1 SÍNTESE DA DECISÃO EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NÚMERO 26

1.1.1 Lei de Racismo e caso Ellwanger

O primeiro diploma sensível no combate do racismo foi a Lei 1390 de 1951, também conhecida como lei Afonso Arinos, editada após um caso de discriminação envolvendo a bailarina afro-americana Katherine Dunham que foi impedida, em razão de sua cor, de se hospedar em um hotel em São Paulo¹. O diploma estabeleceu como contravenção penal o preconceito contra cor e raça.

Apesar da importância da referida lei, o marco principal no combate ao racismo veio com a Constituição Federal de 1988 a qual definiu como imprescritível e inafiançável a prática de racismo. Com vista a regulamentar o inciso XLII da CF/88, foi editada a Lei 7716 de 1989, atual Lei de Racismo, também conhecida como Lei CAÓ, por favor referência ao seu autor - Carlos Alberto Caó de Oliveira - advogado, jornalista e político brasileiro, cuja carreira se destacou na luta contra o racismo.

O diploma supracitado entrou em vigor em 5 de janeiro de 1989 e inicialmente tratou apenas dos crimes de preconceito de raça e cor. Tempo depois, em 15 de maio de 1997, o art. 1º foi substancialmente alterado ao estender o conceito de racismo aos crimes de preconceito contra etnia, religião ou procedência nacional. A atual redação está da seguinte forma, *ipsis litteris*: “Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de *raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*” (grifo nosso).

¹ GONÇALVES, Gabriela da Costa. Lei Afonso Arinos: A primeira norma contra o racismo no Brasil. **Palmares: Fundação Cultural**. 2018. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/?p=52750>>. Acesso em: 22 de julho de 2020.

Superado o breve esboço sobre a lei de racismo, importa tecermos alguns comentários sobre o caso Ellwanger. Neste sentido, Siegfried Ellwanger Castan foi um industrial e editor e propôs um revisionismo histórico em que negava o holocausto judeu na Segunda Guerra Mundial².

Por conta disso, Ellwanger foi processado pelo crime de racismo e impetrou um *Habeas Corpus* de número 82424-2, perante o Supremo Tribunal Federal, alegando que não havia praticado o crime de racismo pelo fato de que os Judeus não constituíam uma raça, mas sim um povo e por consequência não estaria enquadrado nas espécies de racismo tipificadas no art. 1º da lei 7716/89.

O HC foi rejeitado por 8 votos a 3, com base na definição de que o racismo não se resume à cor ou etnia, mas vai além, ao alcançar a discriminação que vise segregar, menosprezar, diminuir o valor de determinado grupo.

O caso em tela tornou-se importante substrato para conceder nova interpretação do art. 1º da Lei de Racismo, ao passo que alterou substancialmente o seu alcance ao ponto de equiparar o preconceito contra o grupo LGBT ao crime de racismo.

1.1.2 Síntese da decisão *in concreto*

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26 trata de tema sensível e atual no Direito Brasileiro. A ação foi proposta pelo Partido Popular Socialista e teve como principal objetivo a criminalização da homofobia e transfobia, enquadrando-os no conceito ontológico-constitucional de racismo. Para se alcançar decisão favorável junto ao STF, pleiteou-se o reconhecimento de mora inconstitucional do Congresso Nacional em editar lei que tratasse sobre a homotransfobia.

Junto aos pedidos acima descritos, requereu-se a estipulação de prazo razoável para a edição de legislação criminalizadora ou a ação afirmativa do STF para a aplicação da corrente

² **Resumo: o caso Ellwanger.** Disponível em: <<https://ensaiosnotas.com/2018/05/23/resumo-o-caso-ellwanger/>>. Acesso em: 22 de julho de 2020.

concretista do mandado de injunção, em outros termos, o STF deverá suprir a lacuna até que o Congresso Nacional tome as medidas adequadas.

Por fim, exigiu-se o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado brasileiro, bem como o pagamento de indenizações em face das vítimas de homofobia e transfobia, inclusive de atos pretéritos ao reconhecimento da mora legislativa ou, subsidiariamente, relativamente aos fatos ocorridos desde tal reconhecimento.

Ao final do julgamento foi deferida boa parte dos pedidos da inicial. Em resumo, reconheceu-se a mora inconstitucional do Poder Legislativo em editar legislação incriminadora da homofobia e transfobia, e, por consequência, em cumprimento do que ordena o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99, houve a cientificação do Congresso Nacional.

O pedido de indenização foi afastado na decisão por a Corte entender que o dano e o nexo de causalidade dependem da propositura da ação individual, e, como sabido, a ADO é um processo de fiscalização normativa abstrata, perquirindo uma só finalidade: a tutela objetiva da ordem constitucional, sem ensejar em vinculação a situações jurídicas de natureza concreta ou de caráter individual³.

Outros pontos foram culminantes na decisão: o primeiro se traduz na abertura dada ao conceito de racismo, tendo por base o caso Ellwanger (HC 82.424/RS); e o último ponto faz uso dessa abertura para conferir a aplicação da Lei 7.716/89 (lei de racismo) aos casos de homofobia e transfobia.

O fundamento em que se apoia a pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor nesta sede processual reside, essencialmente, na alegação de que a homofobia e a transfobia caracterizariam comportamentos subsumíveis à noção de racismo, tal como concebida, na latitude dessa expressão, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do caso Ellwanger (HC 82.424/RS), de tal modo que o legislador ordinário, ao restringir-se, tão somente, a dispensar tutela penal em relação às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei nº 7.716/89), teria realizado de maneira incompleta o que impõe o texto constitucional, vulnerando, desse modo, por omissão, o que estabelece a Lei Fundamental da República (CF, art. 5º, XLII)⁴.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação direta de inconstitucionalidade número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Celso de Mello, p.22.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação direta de inconstitucionalidade número 26**, *idem*. p.2.

A Corte defendeu que o racismo não deve ser visto como um conceito puramente biológico ou antropológico. Ao contrário, o seu significado deve ser mais aberto, por projetar em uma dimensão cultural e sociológica, buscou-se com isso alcançar situações de agressões por motivos de orientação sexual e identidade de gênero.

Por meio do acórdão foi possível observar que o conceito de *analogia in malam partem* e da exigência de lei penal incriminadora foram afastados pela interpretação conforme à Constituição cumulada com o mandamento incriminador insculpido no art. 5º, incisos XLI e XLII da Carta Máxima de 1988⁵ com o fim de proporcionar maior extensão no conceito de racismo.

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes⁶ afirma que há um dever jurídico de legislar sobre atos de discriminação, e prossegue ao afirmar que o simples fato de haver projetos de lei que tratem sobre o tema não são suficientes para afastar a mora constitucional, já que é “absolutamente imprevisível o destino das proposições legislativas examinadas, motivo pelo qual elas não se mostram aptas a suprir a proteção das minorias que se almeja tutelar no presente feito”.

Em sentido contrário, o Ministro Ricardo Lewandowski⁷ asseverou que: “A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos”.

Ao expor a tese fixada, a Suprema Corte teve a preocupação em proteger o direito à liberdade religiosa, bem como a liberdade de expressão. Tanto é que o texto da decisão afirma: “A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o

⁵ Constituição Federal. Art. 5º, XLI e XLII. 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; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação direta de inconstitucionalidade número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Gilmar Mendes, p.7.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação direta de inconstitucionalidade número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Ricardo Lewandowski, p.19.

exercício da liberdade religiosa [...]”⁸. Insta observar que essa proteção não abarca violência ou discurso de ódio.

Cabe reconhecer, em suma, desse modo, que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público⁹.

Boa parte do Supremo Tribunal Federal decidiu no mesmo sentido, contudo, houve algumas divergências tanto na Corte quanto em outros órgãos do Poder Público. Nesse sentido a Advocacia-Geral da União manifestou-se pela improcedência dos pedidos, ao argumentar que não existe omissão inconstitucional que se possa atribuir ao Congresso Nacional no que tange ao respeito à ausência de criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia¹⁰.

Na mesma direção, o Presidente do Senado¹¹ afirmou que seria mais apropriado discutir sobre a eficácia do Estado em aplicar as leis do que a própria eficácia em suas edições, até porque já existem tipos penais (injúria, difamação, lesão corporal, homicídio qualificado por motivo fútil, etc) que poderiam ser empregados no combate à homofobia e à transfobia.

A posição do Presidente do Senado foi afastada e diversos dados foram trazidos para demonstrar o alto índice de violência sofrida pela comunidade LGBT. Todavia, há dificuldade em analisar tais informações pelo fato do Brasil ser um dos países com o maior número de homicídios no mundo. A taxa de violência é altíssima e, conseqüentemente, toda a população sofre com esses índices. Sendo assim, deve-se ter cuidado para não analisar os dados sob um corte puramente ideológico sem analisar todas as variáveis.

Por fim, e com o intuito de clarear o nosso entendimento sobre o tema, impende analisar pontos sobre o Controle de Constitucionalidade, em especial, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Superando esse momento, cuidaremos

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação direta de inconstitucionalidade número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Tese Fixada.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação direta de inconstitucionalidade número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Celso de Mello, p.141.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação direta de inconstitucionalidade número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Alexandre de Moraes, p.5.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação direta de inconstitucionalidade número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Ricardo Lewandowski, p.3,4.

das produções doutrinárias e jurisprudenciais que permitiram as alterações de sentido da norma, sem alterar o texto.

1.2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.2.1 Espécies de Controle de Constitucionalidade

Pode-se considerar a Constituição como o eixo central de um ordenamento jurídico, tendo por ramo de estudo o Direito Constitucional. O seu conceito pode ser insculpido como: “o ramo do Direito Público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado”¹².

Ao reconhecer o caráter de essencialidade e referência da Constituição, surge a necessidade de um controle da entrada e permanência de determinadas normas, as quais devem estar em consonância com a Carta Magna. Tal controle vai além da produção infraconstitucional, pois, o legislador, em sede de Poder Constituinte Originário, optou por dar roupagem de imutabilidade (cláusulas pétreas) a determinados preceitos, é o que se extrai do art. 60, § 4º, da CF/88¹³.

No mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁴ afirma que as emendas que tentam alterar cláusulas pétreas são consideradas inválidas, ao passo que as normas constitucionais revogáveis podem ser substituídas.

O jurista Gonçalves Filho¹⁵, em brilhante definição, afirma que:

Controle de constitucionalidade é, pois, a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais — subjetivos, como a competência do órgão que o editou — objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição — quanto dos

¹² AFONSO, José da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013, p.36.

¹³ Constituição Federal. Art. 60, §4º. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p.198.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.51.

requisitos substanciais — respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição — de constitucionalidade do ato jurídico.

Retira-se da definição que as ofensas à Constituição podem ter cunho formal ou substancial (material) e, em face dessas ofensas, exige-se uma sanção.

[...] uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente, obrigatória. E não se afigura suficiente uma sanção direta ao órgão ou agente que promulgou o ato inconstitucional, porquanto tal providência não o retira do ordenamento jurídico. Faz-se mister a **existência de órgão incumbido de zelar pela anulação dos atos incompatíveis com a Constituição** (KELSEN, 1928 apud MENDES, 2012, p.1423) (grifo nosso).

A ADO 26 não trata da anulação de atos incompatíveis com a Constituição, muito pelo contrário, argumenta-se no sentido da norma infraconstitucional estar incompleta pela ausência de uma decisão afirmativa. Além disso, percebe-se que a decisão é de competência do Poder Legislativo, contudo a Lei nº 7.716/89 não abarcou a discriminação por motivos de orientação sexual ou de gênero, e, com isso, o Poder Judiciário considerou que as violências praticadas contra a comunidade LGBT deveriam constar no rol do art. 1º da Lei de Racismo e abriu com isso espaço para o controle de constitucionalidade.

Resta claro que o órgão principal incumbido de realizar o controle de constitucionalidade é o Poder Judiciário. Apesar disso, vale ressaltar que, consoante Moraes¹⁶, o ordenamento jurídico conferiu aos outros Poderes a possibilidade de realizar o controle constitucional, a exemplo temos a possibilidade do chefe do Poder Executivo determinar a não aplicação de lei ou ato normativo flagrantemente inconstitucional, sem prejuízo de um exame posterior pelo Judiciário. Nesse aspecto não há uma revogação, mas sim suspensão de eficácia normativa.

Prosseguindo com o estudo do controle de constitucionalidade, a doutrina afirma que o momento da aplicação do controle pode ser anterior ou posterior à entrada da lei ou ato normativo na ordem jurídica.

Assim, enquanto o *controle preventivo* pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o *controle repressivo* busca dele expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição¹⁷.

¹⁶ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p.520.

¹⁷ MORAES, Alexandre, *idem*, p.520.

De antemão pode-se afirmar que, a Lei nº 7.716/89 não adentrou ao ordenamento jurídico com vício de inconstitucionalidade, neste caso o legislador quis tão somente abarcar conceitos de raça e cor. Em 1997, com o advento da Lei nº 9.459, houve alteração no alcance do conceito de racismo ao acrescentar as espécies: etnia, religião, ou procedência nacional.

Outra importante mudança ocorreu no Código Penal em 2003 com a promulgação da Lei nº 10.741, que tipificou a injúria de maneira específica nas hipóteses em que a ofensa se dê com a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Novamente o legislador não optou por acrescentar a orientação sexual ou de gênero.

Conclui-se que não se pode falar da possibilidade de controle preventivo, todos os diplomas legais adentraram no ordenamento jurídico sem vícios ainda que tenha surgida a discussão acerca da abrangência protetiva limitada, sendo assim resta-nos o controle repressivo, que é exercido pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

Como dito acima, o Poder Legislativo detém competência no tema, tendo a capacidade, nos termos do art. 49, V, da Carta Constitucional, sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa¹⁸.

Ademais, com base no art. 62 da Lei Maior, o legislativo poderá rejeitar medida provisória, com base no parecer da comissão mista, se considerá-la inconstitucional¹⁹. Portanto, subentende-se a inaplicabilidade do controle repressivo exercido pelo Poder Legislativo, uma vez que o caso em tela trata da omissão do próprio Poder Legislativo e não do Poder Executivo.

Prosseguindo pela via repressiva, o Poder Judiciário exercerá o controle concentrado e difuso de constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 adotou duas modalidades de controle de constitucionalidade: o concentrado e o difuso. O primeiro é monopolizado pelo STF, ao tempo que o segundo pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal. Sem perder de vista que as Constituições Estaduais podem prever controle abstrato de constitucionalidade no âmbito estadual.

Qualquer juiz ou tribunal pode, diante de um determinado caso, deixar de aplicar a lei ao vislumbrar sua inconstitucionalidade. A decisão é *inter partes*, ou seja, não

¹⁸ MORAES, Alexandre, *idem*, p.523.

¹⁹ MORAES, Alexandre. op. cit. p.523-534.

afeta terceiros, estranhos à lide julgada. O controle de constitucionalidade integra a motivação do *decisum* e não seu dispositivo.

Quando o julgado opera controle difuso de constitucionalidade, a lei atacada não é expurgada do ordenamento. Permanece vigente, válida e eficaz, apenas não se aplica ao caso decidido, porquanto ante este foi considerada inconstitucional²⁰.

A tutela pleiteada pelo Partido Popular Socialista vai além de uma relação *inter partes*. O objeto central da demanda é a criminalização da homofobia, tendo como supedâneo o reconhecimento da homofobia e transfobia como conceitos ontológico-constitucionais de racismo.

Assim sendo, a via de controle difuso se revela completamente inidônea para a demanda por gerar efeitos *inter partes*. De modo contrário, o controle concentrado tem como objetivo estabelecer normas capazes de produzir efeitos *erga omnes* ao incidir tanto na esfera pessoal dos litigantes, quanto na orientação dos órgãos do Poder Judiciário, assim, esta espécie de controle é adequada para o caso em estudo.

Para a perfeita aplicação do controle concentrado, exige-se um órgão capaz de estabelecer essa regra de prevalência de suas decisões com efeitos para todos. Nesse sentido, a Carta Máxima instituiu o Supremo Tribunal Federal. Comungando com esse pensamento, afirma Kelsen²¹:

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a **um único tribunal**, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito (grifo nosso).

A Constituição Federal instituiu diversas espécies de controle concentrado, a saber: a) ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, *a*); b) ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); d) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, in fine; EC nº 03/93); e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

²⁰ ABOUD, Georges. **Controle Difuso de Constitucionalidade**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/56/edicao-1/controlado-difuso-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 27 de novembro de 2019.

²¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p.201,202.

Importa, para o nosso estudo, o aprofundamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

1.2.2 Natureza, sujeitos da relação e objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão enfrenta grandes desafios no direito brasileiro e algumas perguntas ficam em aberto, como, por exemplo, quando uma lacuna pode ser caracterizada? Como essa lacuna pode ser preenchida? Quais os limites da decisão do órgão judiciário constitucional?²².

O tema permeia a ideia de que algumas normas constitucionais não detém aplicação imediata, exigindo assim a edição, em sede complementar, de normas infraconstitucionais²³. Caso contrário, a não edição dessas normas pode ensejar a conhecida omissão inconstitucional.

Veja a fala do ilustre José Afonso sobre essa necessidade em se editar comandos legais que visam complementar as normas constitucionais:

Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem uma lei ou providência administrativo ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática. A Constituição, por exemplo, prevê o direito de participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão das empresas, *conforme definido em lei*, mas, se esse direito não se realizar, *por omissão* do legislador em produzir a lei aí referida e necessária à plena aplicação da norma, tal omissão se caracterizará como inconstitucional. Ocorre, então, o pressuposto para propositura de uma *ação de inconstitucionalidade por omissão*, visando obter do legislador a elaboração da lei em causa. (AFONSO, 2013, p. 49-50).

Além disso, é perceptível que a ação em estudo sofreu forte influência do direito alienígena, ao passo que adotou alguns conceitos do Direito Alemão como por exemplo a adoção da omissão total e parcial.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1719.

²³ F. DANTAS, Paulo Roberto de. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao/5427>> Acesso em: 12 de janeiro de 2020.

[...] a jurisprudência da Corte Constitucional alemã identificou, muito cedo, que configura a omissão inconstitucional não só o inadimplemento absoluto de um dever de legislar (omissão total), mas também a execução falha, defeituosa ou incompleta desse mesmo dever (omissão parcial) (*Teilunterlassung*). Assentou-se, igualmente, que a lacuna inconstitucional poderia decorrer de uma mudança nas relações fáticas, configurando para o legislador imediato dever de adequação²⁴.

Observe que o tribunal alemão não substitui o legislador. Prezou, assim, pelo princípio da separação dos Poderes e pelo princípio democrático. Ademais, duas foram as técnicas desenvolvidas, sendo a primeira a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarerklärung*) e a segunda, o apelo destinado ao legislador (*Appellentscheidung*)²⁵.

Um outro ponto importante na ação se perfaz na sua conceituação, haja vista que diversos autores afirmam que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um instrumento idôneo que opera em face de lacunas existentes no texto constitucional que deveriam ser preenchidas pela atuação do Poderes Legislativo e Executivo²⁶.

Para o uso correto deste instrumento, a lei habilita duas espécies de legitimados para atuarem no pólo ativo, sendo o primeiro universal e o segundo especial.

Os legitimados universais são: o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os quais detêm capacidade plena de impugnar uma norma, independente do seu conteúdo material²⁷.

Em se tratando dos legitimados especiais, temos os Governadores de Estado e Mesas das Assembléias Estaduais, Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, estes possuem restrições para a propositura da ação²⁸, pois devem demonstrar pertinência com o tema, podendo ser adequação temática, critério do prejuízo ou interesse indireto.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 1722.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 1722-1723.

²⁶ SANTOS, Ellen Cláudia. **Conceituando as inconstitucionalidades por ação e por omissão**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53932/conceituando-as-inconstitucionalidades-por-acao-e-por-omissao>> Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

²⁷ QUEIROZ NETO, Luiz Vicente de Medeiros. **A pertinência temática como requisito da legitimidade ativa para o processo objetivo de controle abstrato de normas**. p.7-8. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79072744.pdf>> Acesso em: 25 de maio de 2021.

²⁸ QUEIROZ NETO, Luiz Vicente de Medeiros, *idem*, p. 8.

Quanto aos Governadores do Estados e do DF, há uma peculiaridade na pertinência temática, exige-se que o tema a ser tratado tenha relação com uma das seguintes situações: quando se tratar de normas locais é automática a atração do interesse pelo requerente; no caso das normas federais, exige-se a repercussão na esfera de autonomia do estado, por fim, em se tratando de normas originárias de outros estados importa que a norma em discussão deva produzir efeitos negativos na esfera de atuação do estado requerente²⁹.

Ao trazer o que foi listado acima para a ADO 26, é possível perceber que o Partido Popular Socialista se encontra no rol dos legitimados especiais, e como tal, deve demonstrar pertinência temática para que só então possa atuar adequadamente no caso em tela. Mas o que é pertinência temática? Tal conceito foi construído pelo STF e pode ser traduzido da seguinte forma:

[...] O requisito de pertinência temática - que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade³⁰.

Superada a análise do pólo ativo, sabe-se que a ADO lida com omissões inconstitucionais, sendo assim, pode-se afirmar que o pólo passivo é composto por pessoa ou órgão responsável pela produção do ato exigido pela Constituição e que não foi editado³¹.

A definição dessa responsabilidade, no caso de omissão inconstitucional, tem mais relevância do que na hipótese de inconstitucionalidade por ação, na medida em que a superação da situação de ilegitimidade constitucional depende de uma atuação comissiva de quem estava inerte. Já nos casos de declaração de

²⁹ HORBACH, Beatriz Bastide. **A gradual supressão da exigência da pertinência temática em controle abstrato.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-16/observatorio-constitucional-supressao-exigencia-pertinencia-tematica-controle-abstrato>> Acesso em: 14 de janeiro de 2020..

Adequação temática, critério básico e mais conhecido, que relaciona a adequação das finalidades da instituição ao objeto da demanda; *critério do prejuízo*, que vincula a pertinência ao prejuízo, efetivo ou potencial, gerado aos fins da instituição proponente, *interesse indireto*, para as hipóteses em que a norma afeta os interesses das associações e das entidades de classe por via reflexa.

Normas locais, que automaticamente atraem o interesse dos requerentes; *normas federais*, hipótese em que seus efeitos precisam repercutir na autonomia estadual; e *normas originárias de outros Estados*, situação que confere legitimidade ao proponente caso a norma produza efeitos negativos em sua esfera.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação direta de inconstitucionalidade número 1157**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 17/11/2006. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391350>> Acesso em: 24 de maio de 2021.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade do Direito Brasileiro.** 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. p.175.

inconstitucionalidade, não há qualquer ato a ser praticado pelo sujeito passivo. (BARROSO, 2016, p.175).

O órgão citado acima pelo Ministro Luís Roberto Barroso pode ser proveniente do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e por conta dessa separação os efeitos produzidos na prolação da sentença, que reconhece a inconstitucionalidade, são diversos.

No caso em análise, fica evidente que o órgão omissor é a União, tendo em vista que a Constituição Federal, em seu art. 22, inciso I, afirma que cabe, privativamente, à União, legislar em matéria penal³².

Quanto ao objeto da ação, Barroso³³ afirma que a fiscalização recai sobre os atos normativos primários (lei) bem como em atos normativos secundários, como regulamentos e instruções, de competência do Executivo, e, até mesmo, eventualmente, de atos próprios dos órgãos judiciários.

F. Dantas³⁴ segue o mesmo raciocínio:

Por norma regulamentadora devemos entender não só as normas legais, como também as demais normas regulamentares (que regulamentam os diplomas infraconstitucionais, conferindo-lhes aplicabilidade), que deveriam ter sido editadas, mas não o foram, por órgãos e pessoas jurídicas pertencentes aos Três Poderes, inclusive da Administração indireta.

Por fim, a simples leitura da Lei 12063 de 2009 afirma que os efeitos da decisão se resumem em cientificar os órgãos omissivos, salvo em se tratando de órgão administrativo, neste caso será estabelecido um prazo de trinta dias para suprir a omissão.

1.3. BREVE ANÁLISE SOBRE O MANDADO DE INJUNÇÃO EM FACE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E SEUS EFEITOS DECISÓRIOS

1.3.1 Conceito, pólo ativo e passivo do Mandado de Injunção

³² BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01 de junho de 2021.

³³ BARROSO, Luís Roberto. *idem*, p.176.

³⁴ F. DANTAS, Paulo Roberto de. op. cit.

Faz-se mister clarearmos o nosso entendimento sobre o mandado de injunção, tendo em vista a similaridade trazida pela Carta Magna em face da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e não só isso, buscar-se-á também evitar confusões desmedidas na sua aplicação e efeitos, até porque ambos os institutos tem como objetivo precípua combater omissões estatais, quando violadoras do Texto Maior³⁵.

O mandado de injunção está previsto no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal e a sua ocorrência se dá, *ipsis litteris*, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania³⁶.

Quanto à legitimidade, extrai-se do art. 5º, LXXI da Carta Constitucional em consonância com o art. 3º da Lei 13.330/16, a possibilidade de qualquer sujeito atuar no polo ativo, contanto que o direito pleiteado esteja no rol previsto. Ademais, Neves assevera que, ao tratar de mandado de injunção coletivo, os legitimados são aqueles postos nos art. 5º da Lei de Ação Civil Pública e art. 82 do Código de Defesa do Consumidor³⁷.

No que concerne ao polo passivo, o ex-ministro do STJ, Adhemar Ferreira Maciel, defende a ampla possibilidade de legitimados, alcançando, com isso, qualquer órgão da administração direta ou indireta, inclusive pessoas de direito privado, desde que estejam encarregados da elaboração da norma genérica³⁸.

A posição quanto ao polo passivo faz total sentido, tanto que o STF, em 2007, atuou de maneira mais ativa quando modificou o seu tradicional entendimento ao julgar o mandado de injunção 670/ES e conferiu direito de greve aos policiais civis do Espírito Santo até que uma lei fosse editada neste sentido. Além disso o Congresso Nacional recebeu um prazo de 60 (sessenta) dias para legislar sobre o direito de greve dos servidores públicos civis³⁹.

³⁵ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Distinções entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.** Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/163748936/distincoes-entre-a-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-o-mandado-de-injuncao>> Acesso em: 25 de janeiro de 2020

³⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01 de junho de 2021.

³⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais.** 3ª edição. São Paulo: Método, 2013, p.92;

³⁸ MACIEL, Adhemar Ferreira. **Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão.** Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79073246.pdf>> Acesso em: 04 de março de 2020.

³⁹ STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção Número 670/ES**, rel. Min. Maurício Correa, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008. Disponível em:

1.3.2 Efeitos da decisão em sede de Mandado de Injunção

Sobre os efeitos, insta salientar que a regra que prevalecia na Suprema Corte era de que a decisão, ainda que dotada de caráter subjetivo, possuía uma dimensão objetiva, com possibilidade de produzir efeitos *erga omnes*, transcendendo, assim, as partes do litígio e indo de encontro a uma determinada conduta ou lei⁴⁰. A regra exposta acima pode ser confirmada com a seguinte afirmação:

A utilização do termo “eficácia *erga omnes*”, apesar de tranquilamente utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes, parece ter sido repudiada pela maior parte dos Ministros participantes do julgamento ora analisado.

Dessa forma, e tal conclusão parece ser confirmada por julgados recentes de mandados de injunção pelo Supremo Tribunal Federal, a eficácia da norma criada pelo tribunal no provimento do mandado de injunção não tem eficácia *erga omnes*, limitando-se a resolver a violação ou ameaça de violação a direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania⁴¹.

Em sequência, a doutrina já vinha reconhecendo a natureza constitutiva da decisão, é o que assevera Pignatari:

[...] aqueles que defendem uma irradiação de efeitos *inter partes* da solução normativa contida na decisão, admitindo, ainda, possibilidade de o julgador também emitir provimentos assecuratórios dessa disciplina normativa ou do direito tutelado (como por exemplo, uma *ordem* de fazer ou não fazer, a *condenação* a alguma prestação, a *declaração* de um ato nulo, etc)⁴².

Com a edição da Lei 13.300/16, a regra passou a ser confirmada e clarificada de acordo com o *caput* do art. 9º c/c com o seu §1º. A decisão recebeu roupagem de eficácia subjetiva limitada às partes e os efeitos da decisão serão produzidos até a edição da norma regulamentadora. Não obstante, foi trazida a possibilidade de conferir eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, desde que tal postura seja inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. Ademais, o art. 9º, §2º, ainda prevê que,

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es>> Acesso em: 31 de abril de 2021.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília. V. 13, n. 100, 2011, p.168. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/134>> Acesso em 10 de março de 2020.

⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3ª edição. São Paulo: Método, 2013, p.91;

⁴² PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. **Efeitos Processuais no Controle Judicial de Constitucionalidade**. Tese (mestrado em Direito). Faculdade de Direito da USP, p. 142. 2009. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06102010-133203/pt-br.php>> Acesso em 10 de março de 2020.

transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator⁴³.

De acordo com Meirelles (2006, p.283), conforme citado por Gilmar Mendes (2011, p.171)⁴⁴, as decisões que o Supremo Tribunal Federal profere na ação de mandado de injunção e no processo de controle abstrato da omissão têm caráter obrigatório ou mandamental.

Este caráter mandamental foi reconhecido na lei que trata sobre o mandado de injunção, mais especificamente, no art. 8º. Com isso, definiu-se algumas medidas a serem adotadas, são elas: Inciso I, determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; Inciso II, estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Por fim, o legislador, consoante o parágrafo único do art. 8º, trouxe a possibilidade de dispensar o inciso I nos casos em que for comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

1.3.3 Efeitos da decisão em sede de ADO

Por uma interpretação literal do art. 103, §2º, da CF/88, conclui-se que, reconhecendo a omissão inconstitucional, em sede de ADO, o STF cientificará o órgão legislativo e administrativo acerca da omissão e, em relação a este, a Constituição Federal prevê prazo de 30 (trinta) dias para edição de norma, enquanto que naquele não há qualquer previsão temporal⁴⁵.

Observe que, não há qualquer previsão no sentido da Suprema Corte suprir a omissão até que a norma seja editada, não obstante, a partir do julgamento da Ação Direta de

⁴³ BRASIL. **Lei 13.300**. Promulgada em 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm> Acesso em: 01 de junho de 2021.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit. p.171.

⁴⁵ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01 de junho de 2021.

Inconstitucionalidade Número 26, foi conferida interpretação mais abrangente ao texto Constitucional ao permitir que o STF edita norma supletiva até que uma lei ou ato normativo seja editado. Apesar da doutrina reconhecer essa necessidade, diversos autores afirmam a sua inviabilidade jurídica⁴⁶.

Com relação ao aspecto temporal, Pignatari afirma que:

Em suma, nas hipóteses em que o texto constitucional fixa prazo para a edição de uma norma, são *ex tunc* da decisão que reconhece a omissão legislativa; quando a Constituição não estabelece qualquer prazo, a decisão constituirá em mora o órgão inerte, projetando efeitos *ex nunc*⁴⁷.

Como retrocitado e combinado com o parágrafo acima, é possível concluir que as decisões reconhecedoras das omissões administrativas possuem eficácia *ex tunc*, enquanto que os julgamentos que reconhecem de omissões legislativas possuem eficácia *ex nunc*. Dessa maneira fica fácil enxergar o efeito nas omissões administrativas, tendo em vista que o próprio texto constitucional prevê prazo para edição de norma.

De outro modo têm-se as omissões legislativas, neste caso exige-se raciocínio mais apurado, pois, não é possível definir com exatidão a ocorrência da omissão ao passo que esta pode se dar com a origem na própria Constituição ou surgir de forma superveniente, por meio de alterações sociais, legais ou diversas.

Um ponto interessante diz respeito à medida cautelar. O legislador reservou os arts. 12-F e 12-G da Lei 9.868/99 para tratar sobre o tema. Neste sentido o art. 12-F afirma que, em casos excepcionais de urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por maioria absoluta, poderá conceder medida cautelar, após audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional. Ainda no mesmo artigo, o parágrafo primeiro afirma que, *in verbis*, “a medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal”⁴⁸.

⁴⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017, p.89. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit. p.58.

AFONSO, José da Silva. op. cit. p.58.

⁴⁷ PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. op. cit. p. 233. 2009. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06102010-133203/pt-br.php>> Acesso em: 10 de março de 2020.

⁴⁸ BRASIL. **Lei 9.868**. Promulgada em 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm> Acesso em: 01 de junho de 2021.

A primeira parte do art. 12-F, §1º, da Lei 9.868/99 é de fácil entendimento, contudo surge a dúvida sobre a possibilidade da antecipação de medida que vise sanar a omissão no caso da adoção de outra providência dada pelo Tribunal (segunda parte do §1º). Parte da doutrina acredita na impossibilidade dessa adoção, pois, não é possível que o STF profira decisão de medida cautelar que ultrapasse a competência da própria decisão em definitivo. Naturalmente, não se pode admitir que a tutela de urgência antecipe efeitos que não seriam gerados nem mesmo com a concessão da tutela definitiva, até porque não se pode admitir a antecipação do que não se pode obter⁴⁹.

1.3.4 Aspectos divergentes e convergentes entre Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

É patente que ambos os institutos visam sanar as omissões inconstitucionais e com base no que foi exposto, pode-se concluir que:

[...] A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é **um processo objetivo**, no qual se discute a lei em tese, não havendo um conflito de interesses a ser resolvido pela prestação jurisdicional. Por outro lado, o mandado de injunção é um **processo subjetivo**, que busca resolver uma situação concreta de crise jurídica, amoldando-se perfeitamente ao conceito de lide carneluttiana (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida) (grifo nosso)⁵⁰.

Ao prosseguir com a análise, tem-se como outro ponto divergente o fato de que ao mandado de injunção é possível conhecer apenas omissões a direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, conforme versa o art. 5º, inciso LXXI, da CF/88, ao passo que na ADO, é cabível o enfrentamento de toda e qualquer espécie de omissão.

Quanto à legitimidade ativa e a competência, o mandado de injunção possui maior abertura, pois qualquer sujeito pode figurar no pólo ativo e a competência é considerada originária tanto no primeiro grau de jurisdição quanto nos tribunais⁵¹. Em contraste, a ADO tem como polo ativo os legitimados do *caput* do art. 103, da Constituição Federal, sendo

⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017, p.91.

⁵⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3ª edição. São Paulo: Método, 2013, p.94;

⁵¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *idem*, p.94.

desse modo mais restritiva, e sua jurisdição é considerada como originária e exclusiva do STF.

No que diz respeito a prolação da sentença que reconheça a omissão inconstitucional, o mandado de injunção optou pela regra de efeitos *inter partes*, raras exceções possuem a possibilidade de extensão (*erga omnes* ou *ultra partes*). Assevera-se que a exceção prevista no mandado de injunção - eficácia *erga omnes* - é adotada como a regra nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão. Naquele sentido afirma Barroso⁵²:

À vista da clara distinção entre os dois remédios, afigura-se fora de dúvida que a melhor inteligência do dispositivo constitucional (art. 5º, LXXI) e de seu real alcance está em ver no mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo.

Ainda referente a sentença em sede de mandado de injunção, pode-se afirmar que a sua natureza é considerada como declaratória e constitutiva por produzir efeitos práticos e diretos com a decisão.

No que diz respeito à ADO, a tese acima não tem sido defendida por parcela da doutrina, tanto é que quando a omissão é proveniente do Poder Legislativo e Executivo, não há, segundo o texto da lei, a possibilidade de edição de norma por parte da Suprema Corte, com isso, resta apenas a cientificação da omissão ao Poder competente e ordem de edição de norma ao órgão administrativo. Neste último caso há um mandamento para fazer, não obstante, essa ordem deve ser cumprida pelo órgão condenado e não pelo STF.

Por isso é que, no caso de inconstitucionalidade por omissão, propugnamos por uma decisão judicial normativa, para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão. A sentença normativa teria esse efeito. Mas o legislador constituinte não quis dar esse passo à frente⁵³.

Assim, com relação à edição de normas pelo Poder Legislativo, a declaração configurará tão somente uma constatação da omissão, mesmo porque independência dos poderes ficaria comprometida se o Poder Judiciário pudesse ou suprir a omissão do Poder Legislativo ou obrigá-lo a editar leis⁵⁴.

Portanto, apesar dos posicionamentos supracitados, recentemente o STF alterou, por meio da ADO 26, o seu entendimento quanto à possibilidade de editar normas que supram a

⁵² BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p.111.

⁵³ AFONSO, José da Silva. op. cit. p.58.

⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit. p.58.

omissão inconstitucional. A partir de então, surge a discussão que permeia a legitimidade do acórdão e implica em diversos questionamentos, tendo como principais, o ativismo judicial, os métodos interpretativo e integrativo, a ponderação de princípios, a separação dos Poderes e a *analogia in malam partem*, este último é mais específico, tendo em vista que a ação base geradora da discussão tratou sobre tema na seara penal.

CAPÍTULO II: ASPECTO PENAL DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 26

2.1. ATIVISMO JUDICIAL

Diante da atuação proativa da Suprema Corte e do seu suplemento normativo de ação expansiva, abre-se o intelecto para o ativismo judicial.

Elival da Silva Ramos⁵⁵ define o ativismo judicial como:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Importante definição é expressa pelo Ministro do STF Luís Roberto Barroso⁵⁶ em sede de conceito de judicialização, veja a fala do Ministro:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

Note que os conceitos de ativismo judicial e judicialização são bem próximos, tanto é que ambos trazem a possibilidade de explorar temas cuja competência originária não é

⁵⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid. n. 13, 2009, p. 19. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 10 de março de 2020.

conferida ao Poder Judiciário. Essa similaridade conceitual é trazida pelo Ministro Barroso ao afirmar que a judicialização e o ativismo judicial são primos⁵⁷.

A exemplo dessa proposta de abertura dada pelo ativismo judicial, o Mandado de Injunção Número 670/ES serviu como importante substrato na alteração do entendimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26. Sobretudo, é possível notar que a decisão concedeu direitos de greve aos servidores civis até que uma lei fosse editada nesse sentido. A base utilizada na decisão foi o direito de greve, direito este, garantido, de forma genérica, na Magna Carta; eis aqui o ponto culminante na proposta do ativismo judicial, o respeito à Constituição Federal. A declaração a seguir deixar ainda mais clara a proposta anunciada:

Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição.

Apesar de que, muitas vezes, é tarefa demasiado complicada precisar os limites que separam uma questão política de outra de natureza jurídica ou não política, tal fato não deve servir de subterfúgio para que o Poder Judiciário se abstenha do cumprimento de seu dever constitucional na defesa dos direitos fundamentais.

Mantendo essa postura, o Supremo Tribunal Federal, na última década, tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial das questões políticas nas quais observa violação à Constituição⁵⁸.

Ramos⁵⁹ prossegue com o conceito e amplitude do ativismo judicial ao afirmar que:

[...] o ativismo pode se dar em sede de fiscalização de atos legislativos ou administrativo-normativos, mas, também, no âmbito do controle de atos administrativos de natureza concreta, de atos jurisdicionais atribuídos a outro Poder ou de atos relativos ao exercício da função de chefia de Estado.

Pode-se concluir que o ativismo judicial visa fiscalizar atos que ofendem a Ordem Constitucional, por meio disto, obtém legitimidade para fomentar um Direito flexível no que concerne à promoção da dignidade da pessoa humana, ainda que essa promoção interfira diretamente na competência dos demais Poderes. Em suma, o que se almeja é a proteção eficaz dos valores esculpidos na Carta Máxima.

Barroso⁶⁰ corrobora com o entendimento supracitado da seguinte forma:

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 21.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 592-593.

⁵⁹ RAMOS, Elival da Silva. op. cit. p. 143.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 22.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na **concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes**. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (grifo nosso).

É visível que o objeto da ADO 26 está permeado por aspectos constitucionais, tanto que, muito se discute, em sede da ação direta de inconstitucionalidade número 26, sobre direito fundamental à orientação sexual e identidade de gênero, corolários do princípio de Yogyakarta.

Com base nesses princípios e na proteção às minorias, é que se tem admitido uma postura ativista, percebe-se que o Ministro Gilmar Mendes, em sede de voto da ADO 26, afirmou que se faz necessário reconhecer o papel do Poder Judiciário num contexto histórico de hipertrofia dos demais poderes, e prossegue o discurso legitimando a postura ativa do Judiciário diante do cenário de desconfiança e de falhas na concretização de direitos fundamentais, por fim reafirma a proteção que deve ser dada às minorias por estas terem pouca ou nenhuma força política⁶¹.

Um outro ponto que corrobora com o ativismo judicial é a interpretação conforme à Constituição, esta tem sido amplamente utilizada na jurisprudência pátria⁶² e estrangeira⁶³ ao incentivar uma reinterpretação de normas infraconstitucionais com o intuito de conceder, dentre as várias possibilidades de interpretação, a que mais se adeque à Constituição, afastando assim, a possibilidade de retirada de uma lei por incongruência com o sistema normativo-jurídico⁶⁴.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Gilmar Mendes, p.28.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. rel. Celso de Mello, p.154.

⁶³ Nesse sentido temos as seguintes decisões Estado Unidos - *Boyton v. State*, So. 2D 536, 546 (1953) – tradução livre. Na Suprema Corte dos Estados Unidos há também várias decisões nesse sentido, mas nenhuma se aproxima tão bem dos termos usados na discussão brasileira quanto essa decisão do estado da Flórida. Portugal - Cf., recentemente, os Acórdãos 327/99 e 466/00 do Tribunal Constitucional português.

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**. V. 2, n. 1, 2006, p.192. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/3522134021>> Acesso em: 10 de março de 2020.

No que concerne ao caso em estudo, pode-se afirmar que a ADO 26 faz uso da interpretação conforme. O acórdão da decisão utiliza, em diversos momentos, a interpretação conforme para sustentar a equiparação da homofobia ao crime de racismo, tendo como principal argumento utilizado o respeito à existência do **direito fundamental** à proteção prestada ao grupo LGBT (grifo nosso).

Sobre o conceito de Direito Fundamental, José Afonso (2013, p.177), citando Pérez Luño (1979, p. 23 e 24) afirma que:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservado para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele caracteriza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Pelo conceito supracitado, o rol dos direitos fundamentais é extenso. Claramente, houve uma escolha política afirmativa em prestar a maior assistência possível ao gênero humano, portanto buscou-se com isso a promoção da dignidade da pessoa humana.

Em igual sentido o ministro Celso de Mello, sem sede de ADO 26, afirma que:

Em uma palavra: nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus; nem homossexuais, nem transsexuais; nem cisgêneros, nem transgêneros. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano⁶⁵.

Observe que o art. 1º da Lei 7.716/89 (lei de racismo) afirma que, *in verbis*, “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de **raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional**” (grifo nosso)⁶⁶. Pelo texto da lei é possível perceber, indubitavelmente, uma extensão no conceito de racismo, pois, o legislador não incluiu, no rol do art. 1º da Lei de racismo, o tipo homofobia, não obstante, o teor da decisão da ADO 26 reconheceu que o conceito de raça é gênero cuja uma das espécies se traduz na comunidade LGBT, sendo assim, gerou-se efeitos penais e extrapenais às práticas transfóbicas e homofóbicas.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Celso de Mello, p.77.

⁶⁶ BRASIL. **Lei 7.716**. Promulgada em 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm> Acesso em: 02 de junho de 2021.

Perceba também o que o Ministro relator Celso de Mello⁶⁷ fala sobre a matéria:

[...]que as práticas homotransfóbicas **qualificam-se** como espécies **do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada** pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário **do HC 82.424/RS (caso Ellwanger)**, **na medida** em que tais condutas **importam em atos de segregação que inferiorizam** membros **integrantes** do grupo LGBT, **em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja**, ainda, **porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se** ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles **que compõem** o grupo vulnerável em questão;

A base constitucional utilizada pelo STF foram os seguintes:

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;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei⁶⁸;

Com base na teoria da interpretação conforme à Constituição cumulada com os incisos supracitados, é possível reconhecer a abertura concedida pelo STF.

Percebe-se que a ADO 26, ao fazer uso do ativismo judicial, alterou significativamente três pontos em nosso ordenamento jurídico. O primeiro diz respeito à criminalização de uma conduta por meio da interpretação, este ponto ainda será explanado; o segundo, se traduz na extensão dos efeitos produzidos pela declaração da inconstitucionalidade por omissão de uma lei; e o terceiro trata do alcance do conceito de racismo, neste caso houve clara mutação constitucional, basta tão somente percebermos a presença dos elementos caracterizadores:

Primeiro, o elemento *temporal*. O enunciado normativo significava algo em certo momento e passou a ter outro significado em momento posterior, em razão de circunstâncias externas ao próprio dispositivo.

Segundo, o elemento *social*. Trata-se da atribuição de relevância interpretativa a elementos externos aos enunciados interpretados. Já que a mutação constitucional ocorre apesar da não modificação do enunciado, a modificação está necessariamente relacionada à alteração de fatores sociais (mudanças na situação econômica, nos posicionamentos ideológicos prevaletentes ou nas opções políticas) (FIEDLER, 1972 **apud DIMOULIS; LUNARDI**, 2016, p. 267-268).

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. rel. Celso de Mello, p.154-155.

⁶⁸ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 de junho de 2021.

Com o pouco que foi exposto acima, é possível perceber a dificuldade em estudar o tema, muitas são as nuances que variam no tempo e com isso alteram o significado do texto e da norma, para clarear ainda mais o nosso entendimento sobre a ADO 26, exige-se uma pequena pincelada nos métodos interpretativo e integrativo, mais especificamente em âmbito do Direito Penal, que é o cerne da decisão.

2.2. APLICABILIDADE DOS MÉTODOS INTERPRETATIVO E INTEGRATIVO NO DIREITO PENAL

Ordenamento jurídico traz a ideia de harmonia no sistema, tendo como características basilares a completude, unidade e coerência. A primeira relaciona-se com o estudo da existência, ou não, de lacunas. A segunda se perfaz no conceito de ordem⁶⁹, Bobbio (1999, p.71 **apud WENDEL, 2009, p.4**) afirma que: “Essa ordem deve ser entendida como o relacionamento da norma com outras normas e dela com todo o sistema”. Por fim, tem-se a coerência. Diniz (2001, p.469 **apud WENDEL, 2009, p.5**) assevera que, “[...] será coerente o ordenamento que possibilitar a correção do direito quando diante de uma antinomia jurídica”.

Temos por antinomia a seguinte definição: Antinomia é o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular⁷⁰.

Como supracitado, a principal causa de perturbação da ordem de um ordenamento jurídico são as lacunas, podendo ser de três ordens, como afirma Diniz (2010, .452 **apud PELUSO, 2016, p.6-7**):

a) *lacunas normativas* (ou reais) - quando o fato não se adapta às normas do sistema, ou seja, não há normas para regular juridicamente o fato; b) *lacunas ideológicas* (ou axiológicas) – quando a aplicação da norma jurídica ao fato é injusta; c) *lacunas ontológicas* – quando a norma jurídica não mais se aplica ao fato, em razão de sua dinamicidade.

⁶⁹ WENDEL, Marcelo da Silva. A Unidade, Coerência e Completude do ordenamento jurídico e o conceito de reincidência tributária. **Consulex: revista jurídica**. Brasília. V. 13, n. 296, 2009, p.4. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18331>> Acesso em: 25 de maio de 2021.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.469.

A lacuna normativa, amplamente atacada na ADO 26, pode conter vácuo normativo ou qualificação normativa incompleta⁷¹. Sendo assim, com vista à promover a autopoiese do Direito e, por consequência, a eliminação dessas lacunas, o legislador conferiu métodos supletivos normativos. Dentre os diversos métodos que o Direito dispõe, selecionar-se-á dois: os métodos interpretativo e integrativo do Direito.

Quanto ao primeiro método, tem-se a interpretação que se traduz em um processo de descoberta do sentido, ou conteúdo da lei e não da criação de normas. Ademais, é amplamente utilizada em matéria penal e em regra não possui dificuldades em sua aplicação, salvo quando se trata da interpretação extensiva e analógica⁷².

Com respeito a estas, Nucci⁷³ define do seguinte modo a interpretação extensiva e analógica:

A extensiva é o processo de extração do autêntico significado da norma, ampliando-se o alcance das palavras legais, a fim de se atender à real finalidade do texto. A analógica é o processo de averiguação do sentido da norma jurídica, valendo-se de elementos fornecidos pela própria lei, através do método de semelhança.

A tarefa da interpretação extensiva é dar logicidade ao sistema e é adotada em matéria penal, ainda que gere prejuízo ao réu (*in malam partem*). Em igual sentido caminha a interpretação analógica. Neste caso, o texto da lei sinaliza para a abertura interpretativa, a exemplo, tem-se a parte final do §2º do art. 121 do Código Penal quando o texto afirma, “*ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum*” (grifamos)⁷⁴.

As expressões, “interpretação analógica e interpretação extensiva”, e, “analogia”, possuem uma falsa semelhança; enquanto aquelas tratam de método interpretativo, esta se perfaz em método integrativo do Direito. Em igual sentido, afirma Cezar Roberto Bitencourt⁷⁵ :

A analogia não se confunde com a interpretação extensiva ou mesmo com a interpretação analógica. A analogia, convém registrar desde logo, não é propriamente forma de interpretação, mas de aplicação da norma legal. A função da analogia não é, por conseguinte, interpretativa, mas integrativa da norma jurídica.

⁷¹ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Analogia e Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciência Criminais**. São Paulo, v. 1, jan-fev. 2016, p.7.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.88-89.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. *idem*. p. 88.

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *idem*. p.88.

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.417.

Com a analogia procura-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, isto é, com ela busca-se colmatar uma lacuna da lei. Na verdade, a analogia não é um meio de interpretação, mas de integração do sistema jurídico. Nessa hipótese, não há um texto de lei obscuro ou incerto cujo sentido exato se procure esclarecer. Há, com efeito, a ausência de lei que discipline especificamente essa situação.

No que diz respeito à integração, esta visa preencher o sistema ao servir de importante substrato para afastar o *non liquet*. Ademais, o legislador trouxe na LINDB, mais especificamente em seu art. 4º, métodos que visem o preenchimento das lacunas normativas, vejamos o que diz o texto da lei: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”⁷⁶.

Uma importante afirmação deve ser feita. Em matéria de Direito Penal, a analogia deve ser aplicada de maneira comedida. Essa aplicação limitada é exigida pela diferença crucial que há entre interpretação e integração, no primeiro caso busca-se encontrar a vontade da lei, enquanto que no segundo, procura-se suprir essa vontade⁷⁷.

O suprimento de vontade não é feito de qualquer maneira, não é realizado por acaso ou por puro arbítrio do intérprete. Deve-se ser concretizado sempre em consonância com o sistema e busca com isso torná-lo lógico⁷⁸.

O recurso à analogia não é ilimitado, sendo excluído das seguintes hipóteses: a) *nas leis penais incriminadoras* — como essas leis, de alguma forma, sempre restringem a liberdade do indivíduo, é inadmissível que o juiz acrescente outras limitações além daquelas previstas pelo legislador. Em matéria penal, repetindo, somente é admissível a analogia quando beneficia a defesa; b) *nas leis excepcionais*, os fatos ou aspectos não contemplados pelas normas de exceção são disciplinados pelas de caráter geral, sendo desnecessário apelar a esse recurso integrativo (que pressupõe a não contemplação em lei alguma do caso a decidir); c) *nas leis fiscais* — estas têm caráter similar às penais, sendo recomendável a não admissão do recurso à analogia para sua integração⁷⁹.

Bitencourt, supracitado, já dava sinais da vedação da analogia *in malam partem* quando afirmou acerca da limitação imposta às leis penais incriminadoras⁸⁰.

O princípio que rege a vedação trazida pelo autor está insculpido no art. 5º, inciso II da Constituição Federal ao afirmar que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer

⁷⁶ BRASIL. **Decreto-lei 4.657**. Promulgada em 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> Acesso em: 02 de junho de 2021.

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p.418.

⁷⁸ NUCCI, op. cit. p.89.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p.419-420.

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p.419.

alguma coisa senão em virtude de lei”⁸¹. Além disso, o constituinte reforçou esse mandamento ao impor a necessidade de lei anterior ao cometimento do crime, *vide* art. 5º, inciso XXXIX, da CF/88, princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Se não há lei anterior ao crime, logo, não haverá condenação com base na aplicação da analogia. Caso contrário, a aceitação da aplicação da *analogia in malam partem* acarretaria em uma flagrante ofensa à Constituição e implicaria o em uma desordem jurídica e social, e, por consequência, geraria insegurança jurídica.

Bitencourt⁸² reforça esse posicionamento ao asseverar que:

Concluindo, em nome do Direito Penal liberal e de um Estado Democrático de Direito, jamais se deve admitir qualquer violação ao primado do princípio da reserva legal. Por isso, o aplicador da lei, o magistrado, deve buscar o melhor sentido da lei, sem criá-la, sendo-lhe facultada, inclusive, em determinadas circunstâncias a interpretação extensiva da lei penal. A interpretação analógica, nos termos em que expusemos anteriormente, é perfeitamente admissível pelo próprio ordenamento jurídico nacional. Permanece, contudo, a vedação absoluta do emprego da analogia, em razão do mesmo princípio da legalidade, salvo quando for para beneficiar a defesa. (Bitencourt, pág. 424-425).

Entendo que a exigência constitucional imposta no art. 5º inciso XXXIX, da CF/88 é de cunho formal ou estrito, exigindo-se assim norma jurídica proveniente do processo legislativo, tanto é que, o Ministro Ricardo Lewandowski já sinalizava nesse sentido durante a prolação da sentença na Ação Direta de Inconstitucionalidade Número 26⁸³.

Não obstante ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski, a maioria do STF entendeu que o caso em tela não se tratava de analogia *in malam partem*, mas sim de interpretação conforme à Constituição.

Veja a seguinte fala do Ministro Celso de Mello durante voto:

(b) reconhecimento imediato, por esta Corte, de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, **mediante interpretação conforme à Constituição**, na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89, em ordem a que se tenham como tipificados, na condição de delitos previstos nesse diploma legislativo, comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável LGBT (grifo nosso).

⁸¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 de junho de 2021.

⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p.424-425.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Ricardo Lewandowski, p.17-18.

O aspecto que legitimou essa concepção se perfaz na ideia de que o conceito de raça é fluido, podendo com isso, a qualquer tempo, surgir novos grupamentos considerados como raças e o desaparecimento de outros grupamentos racializados⁸⁴.

Note que o conceito trazido pelo Decano Celso de Mello, bem como por parte da Suprema Corte, afastou a vedação da *analogia in malam partem*, sendo assim, e para a perfeita análise da diferença entre analogia no direito penal e interpretação conforme à Constituição, impende destrinchar um pouco deste último instrumento.

Paulo Bonavides (1996 **apud VIRGÍLIO, 2006, p.192**) conceitua a interpretação conforme à Constituição do seguinte modo:

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto [a interpretação conforme a constituição], há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada “conforme a Constituição”, será portanto considerada constitucional.

Com vista à reforçar o conceito acima exposto, Ferreira Filho⁸⁵, afirma que, “pode o Supremo Tribunal Federal fixar a ‘interpretação conforme à Constituição’, quer dizer, aquela que deve ser dada a um ato normativo, para que este seja considerado constitucional”.

Deve-se ter em mente que a interpretação conforme não pode ser utilizada sem balizas, neste sentido Gilmar Mendes⁸⁶ assevera que a literalidade e a *vontade do legislador* devem ser primadas durante a interpretação. Ainda segundo o autor⁸⁷, recentemente se tem dado maior alcance na interpretação conforme, esses efeitos são provenientes das chamadas *decisões manipulativas de efeitos aditivos*.

Em defesa dessas decisões Gilmar Mendes⁸⁸ expõe suas ideias do seguinte modo:

[...] é possível antever se o Supremo Tribunal Federal acabará por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e aliar-se-á à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. rel. Celso de Mello, p.70-71.

⁸⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit. p.279.

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p.1825.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p.1826.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p.1827.

para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

O STF construiu uma base sólida no que diz respeito à interpretação conforme à Constituição, apesar disso, os aspectos que envolvem a criação de um tipo incriminador dependem de uma análise mais apurada do Direito. Faz-se mister analisarmos, de maneira mais aprofundada, a interpretação conforme à Constituição, tendo em vista que essa espécie de interpretação serviu como alicerce para validar a decisão em estudo.

2.3 INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

Como supracitado, a interpretação conforme à Constituição se traduz no esforço em adequar determinada norma a um conceito jurídico constitucional que tem como objetivo afastar a nulidade da norma tratada. Com isso, Questiona-se se as demais interpretações possíveis, que não foram apreciadas, são afastadas do ordenamento jurídico. Em resposta, o STF tem utilizado a interpretação conforme como uma técnica hermenêutica, fixando a interpretação da norma que seria compatível com a Constituição e afastando todas as demais interpretações⁸⁹.

Note como o conceito acima é trazido em sede de ADO 26:

No âmbito da Jurisdição Constitucional, a função hermenêutica da SUPREMA CORTE permite a utilização da denominada interpretação conforme à Constituição, que será possível para adequar e compatibilizar o significado da lei aos exatos comandos constitucionais, quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não [...]

[...]

A finalidade maior dessa técnica é compatibilizar o ordenamento jurídico com o texto constitucional, concretizando sua interpretação com os valores nele consagrados, tendo esta SUPREMA CORTE admitido várias possibilidades de sua utilização.⁹⁰

⁸⁹ LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. **A interpretação conforme a Constituição equivale a uma declaração de inconstitucionalidade?** Disponível em: <[⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Min. Alexandre de Moraes, p.40](https://jus.com.br/artigos/23195/a-interpretacao-conforme-a-constituicao-equivale-a-uma-declaracao-de-inconstitucionalidade#:~:text=A%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20conforme%20a%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20(verfassungskonforme%20Auslegung)%20%C3%A9%20uma%20cria%C3%A7%C3%A3o,declarada%20a%20nulidade%20da%20mesma.> Acesso em: 19 de agosto de 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Em igual sentido Sicca⁹¹ afirma que:

O princípio dá ao juiz a função de guardião da Constituição. Deve aquele atentar para o modelo normativo construído pelo legislador constitucional, não sendo possível a livre discricionariedade no momento do julgamento. Está o julgador submetido a um conjunto de princípios e regras contido na Constituição, o que mostra as opções políticas adotadas pelos legisladores que atuaram em nome de um poder constituinte.

Novamente expõe-se a necessidade em trazer valores da Constituição para a devida aplicação da interpretação conforme, tendo como principais, em sede de ADO 26, os seguintes: princípio da igualdade, princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da proteção suficiente.

Perceba que o Ministro Celso de Mello segue a ideia acima exposta ao afirmar que, de acordo com o princípio da igualdade, os crimes previstos pela lei de racismo abarcam as condutas homofóbicas, isto é, os atos de discriminação em virtude de orientação sexual, prossegue afirmando que não há ofensa ao princípio da legalidade por proteger positivamente aquele determinado grupo⁹².

Semelhantemente, o Ministro Gilmar Mendes reconhece a necessidade em se estender o conceito de racismo às condutas homofóbicas e transfóbicas por meio da interpretação conforme, ademais, utiliza a ADI 4277 e ADPF 132 para demonstrar a aplicabilidade dessa técnica com vista à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana⁹³.

Outro aspecto que corrobora para a aplicação da interpretação conforme à Constituição se perfaz no argumento trazido pelo STF de que o Poder Legislativo tem sido omissivo, observe o que afirma o Ministro Fachin:

No mérito, é procedente o presente mandado de injunção, pois o direito constante do art. 5º, XLI, da CRFB efetivamente contém um mandado de criminalização contra a discriminação homofóbica e transfóbica, ordem que, ante a mora do Congresso Nacional, comporta, até que seja suprida, colmatação por este Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação conforme da legislação de combate à discriminação.

⁹¹ SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme à Constituição - Verfassungskonforme Auslegung - no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 1999, p.3.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. rel. Celso de Mello, p.70.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 20 e 29,30.

O dispositivo constitucional invocado, como já se afirmou aqui, é o constante do art. 5º, XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”⁹⁴.

É imperioso notar que essa postura em conceder determinado significado à norma acaba por esbarrar em uma situação desconfortável. Ocorre, por vezes, que a interpretação conforme à Constituição gera um atrito com o Poder Legislativo, esse desconforto é majorado diante da tentativa de salvamento de uma lei inconstitucional⁹⁵.

Não se quer, com isso, dizer que se trata de uma questão simples. A interpretação conforme a Constituição é, na verdade, extremamente problemática, pois é inegável que representa um atrito entre o Judiciário e o Legislativo. Assim, se usada sem autocontenção, ela pode acabar se transformando em verdadeira ferramenta do ativismo judicial e em transferência ao Judiciário das decisões políticas que caberiam ao Parlamento⁹⁶.

Esse desconforto se revelou presente durante o julgamento da ADO 26, tanto é que o Presidente do Senado afirmou que seria mais apropriada a discussão sobre a eficácia do Estado em aplicar a lei do que a discussão acerca da eficácia estatal em fazer leis. Ademais, já existe projeto de lei tramitando no Congresso que trata sobre o tema, a saber, PL do Senado Federal de nº 515/17. Por fim, o Presidente do Senado prosseguiu em expor que a jurisdição não seria o melhor meio para tratar da controvérsia; manifestou-se, assim, pela manutenção da harmonia entre os Poderes⁹⁷.

Claramente a fala do Presidente do Senado demonstra um ponto de atrito gerado pela aplicação da interpretação conforme à Constituição. Ademais, a doutrina não é unânime quanto a legitimidade de sua aplicação. Nesse sentido, o autor Virgílio Afonso da Silva⁹⁸ esboça sua crítica na simplicidade da interpretação conforme à Constituição pelo fato de que a complexidade das variáveis trazidas pelo legislador durante a edição de uma lei são desprezadas em sede interpretativa, além disso, o argumento utilizado durante a aplicação da interpretação conforme em esboçar “respeito” ao Poder Legislativo e à Separação dos Poderes não podem por si só legitimar o Poder Judiciário, essa espécie de discurso apenas tem serventia semelhante à um trunfo, sem produzir efeitos legitimantes reais.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Fachin, p.9.

⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit. p.193.

⁹⁶ LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. op. cit.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Ricardo Lewandowski, p.3-4.

⁹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit. p.196-197.

Prosseguindo, Virgílio⁹⁹ afirma:

Isso apenas reforça o argumento de que a interpretação conforme a constituição e a presunção de constitucionalidade – e também de máximas como a *in dubio pro libertate* – baseiam-se em premissas excessivamente simplistas e unilaterais para ter alguma valia em casos difíceis. E para os casos simples, elas são simplesmente supérfluas ou triviais.

A crítica continua:

Basta que o Supremo Tribunal Federal dê o nome de interpretação conforme a constituição a qualquer esclarecimento de significado de qualquer termo de qualquer dispositivo legal, na forma como já vista acima, para que qualquer interpretação divergente, ainda que seja também no sentido de manter a constitucionalidade de uma lei, torne-se impossível. Com isso, o Supremo Tribunal Federal não somente desempenha sua função de guardião da constituição de forma cada vez mais centralizada, como passa a ter a possibilidade quase que ilimitada de excluir qualquer “desobediência” interpretativa por parte de quase todos os órgãos estatais. Para tanto, a interpretação conforme a constituição cai como uma luva¹⁰⁰.

Analisando a fala do autor, pode-se extrair dois aspectos importantíssimos que constantemente são utilizados pelo STF para legitimar as suas decisões baseadas na interpretação em estudo. O primeiro aspecto é traduzido no “respeito” ao Poder Legislativo e o segundo trata sobre o princípio da Separação dos Poderes.

Quanto ao primeiro aspecto, é patente que o autor Afonso Virgílio da Silva prima pela vontade do legislador - até porque é este a quem compete editar leis em sentido estrito -. Essa vontade pode ser conhecida ao fazer uso de outros métodos interpretativos para evitar contrariedade no sentido expresso da lei, é o que assevera Sicca:

No que se refere aos limites impostos ao julgador pela norma, percebe-se que não é possível uma interpretação que contrarie sentido expresso da lei, sendo o texto o ponto de partida para que se esclareça quais são as interpretações possíveis e quais devem ser afastadas por inconstitucionalidade. A verificação do sentido da norma se dá pelos métodos tradicionais (gramatical, lógico, sistemático, teleológico, histórico), sendo o elemento sistemático, além do gramatical, de importante valia para se compreender o sentido da Constituição e a possibilidade de enquadramento da norma em exame no projeto normativo superior definido por aquela¹⁰¹.

No que diz respeito o segundo aspecto, Sicca¹⁰² afirma que:

Bonavides¹⁰³ ressalta o lado positivo do método, que põe em evidência a “preservação do princípio da separação de poderes”, e o seu sentido negativo, manifesto no perigo de sua prática indiscriminada, como vem ocorrendo na

⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit. p.197.

¹⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit. p.205.

¹⁰¹ SICCA, Gerson dos Santos. op. cit. p.6.

¹⁰² SICCA, Gerson dos Santos. op. cit. p.5.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

Alemanha, onde o juiz se utiliza da interpretação conforme à Constituição para dar à lei significados que lhe alteram o caráter. **Substitui-se assim sentido normativo da lei pela vontade do julgador, manifestando expressa violação da tripartição dos poderes** (grifo nosso).

Superada a análise da necessidade em respeitar a vontade do legislador, faz-se mister realizar uma leve regressão para dar continuidade a crítica da interpretação conforme à Constituição. Reconhece-se que a norma a ser interpretada deve coadunar com os mandamentos constitucionais, trazendo para o caso em tela, temos a Lei 7716/89 adequando-se aos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal. Não obstante, em segundo momento percebe-se um conflito entre outros princípios constitucionais, o primeiro se perfaz no princípio da separação dos poderes - tema visto e que será melhor estudado em tópico específico - o segundo princípio é externado no inciso XXXIX do art. 5º da CF/88 e é traduzido no princípio da legalidade e anterioridade¹⁰⁴.

É importante tratarmos agora do princípio da legalidade e anterioridade, pois, se entrelaça com o cerne da decisão da ADO 26 e se confunde com a própria interpretação conforme à Constituição, já que, como sabido, a lei de racismo passou a alcançar os preconceitos contra a comunidade LGBT.

É imperioso afirmar que o tema já foi levemente trabalhado e afastado em sede de ADO 26, O Ministro Celso de Mello¹⁰⁵ afirma que:

Em suma: o entendimento que venho de expor não envolve aplicação analógica (e gravosa) das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89, pois, como ninguém o ignora, não se admite a utilização de analogia “*in malam partem*” em matéria penal, como tive o ensejo de assinalar em passagem anterior deste voto (item n. 12.2), valendo destacar, por relevante, que se orienta, nesse sentido, a jurisprudência desta Em elaboração ADO 26 / DF própria Corte Suprema (HC 97.261/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RHC 95.782/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, v.g.).

Não obstante ao exposto pelo decano, não se pode deixar de fazer juízo à postura do STF. Ainda que a Suprema Corte tenha afirmado que não se trata de *analogia in malam partem* por ter dado nova roupagem ao significado de racismo, na prática houve extensão do crime de racismo por ter criado lei em sentido material.

¹⁰⁴ Constituição Federal. Art. 5º, XXXIX. 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;

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. rel. Celso de Mello, p.94-95.

É patente que doutrina majoritária veda a *analogia in malam partem*, apesar disso, há magistrados que caminham em sentido contrário, Nucci¹⁰⁶, em brilhante exposição, assevera:

Lamentavelmente, podem-se apontar, hoje, inúmeras decisões que padecem de fundamentação mínima. Se alguns magistrados nem mesmo cumprem a cogente norma constitucional, imagine-se o caos a ser vivenciado no tocante à adoção da *analogia in malam partem*? Deve, sim, permanecer vedada no âmbito penal.

Claramente o legislador não quis abranger, pelo crime de racismo, as condutas ofensivas ao grupo LGBT, isso é tão evidente que o germe do art. 1º da lei de racismo abrangia tão somente os preconceitos contra raça e cor, ademais, em 1997 houve acréscimo para alcançar também os preconceitos contra etnia, religião ou procedência nacional, sem, contudo, alcançar o conceito trazido pelo STF.

A aplicação da interpretação conforme à Constituição em âmbito penal se revela demasiadamente preocupante, não se pode desprezar o princípio da legalidade estrita ou formal, caso contrário, estará incorrendo em um sério abalo na segurança jurídica; óbvio que se deve promover a proteção e promoção da dignidade da pessoa, contudo, os tipos penais não podem ser tratados com fluidez, ainda mais quando vivenciamos o crescimento do Direito Penal Mínimo.

CAPÍTULO III: CRÍTICAS À AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26

3.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A SUA MITIGAÇÃO

É impossível falar sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade Número 26 sem tecer comentários sobre o princípio da separação dos poderes. Em capítulo anterior foi demonstrado que por vezes, as decisões do Supremo Tribunal Federal, invadem a competência originária de outros Poderes e gera atritos e desconfortos.

A história demonstra que a concentração do poder acarreta no seu abuso, com o intuito de anular ou atenuar esses efeitos nefastos, desenvolveu-se a ideia de separação de poderes.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.89.

Esta separação pode se dar de três maneiras, a primeira se refere à divisão territorial, a segunda está relacionada com as liberdades e garantias do homem contra o abuso estatal, por fim temos a terceira limitação que se traduz na clássica separação dos poderes: legislativo, executivo e judiciário¹⁰⁷, sendo esta última o objeto do nosso estudo.

A divisão funcional do poder — ou, como tradicionalmente se diz, a “separação de poderes” — que ainda hoje é a base da organização do governo nas democracias ocidentais, não foi invenção genial de um homem inspirado, mas sim é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual a consagrou o *Bill of Rights* de 1689.

[...]

Esse compromisso foi teorizado por Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que o justificou a partir da hipótese do estado de natureza. Ganhou ele, porém, repercussão estrondosa com a obra de Montesquieu, *O espírito das leis*, que o transformou numa das mais célebres doutrinas políticas de todos os tempos¹⁰⁸.

Como observado, esse conceito limitante deu origem ao princípio da separação dos poderes e foi adotado expressamente no texto constitucional como cláusula pétrea (art. 60, §4º, inciso III, da CF/88). Ademais, o art. 2º da Carta Constitucional prevê duas características importantes que permeiam a separação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a saber, independência e harmonia.

Em reforço ao exposto, João Maurício Adeodato, de maneira brilhante, expôs que o papel do Poder Judiciário serve como elo de ligação entre os demais poderes:

De acordo com esse princípio da separação ou inibição recíproca de poderes, cabe ao judiciário aplicar contenciosamente a lei, servindo como elo de ligação entre a norma geral posta pelo legislativo ou executivo e o caso individualizado e único que lhe é levado no conflito concreto. Nesse mister, que só deve exercer quando provocado, espera-se do judiciário uma neutralidade ética e um domínio técnico diante do direito, ou seja, da lei¹⁰⁹.

O autor prossegue ao afirmar que o princípio da separação dos poderes tem sido desnaturado pelo ativismo judicial, uso alternativo do direito e pela hermenêutica filosófica; todos esses conceitos convergem para a politização do judiciário, com vista à exercer o papel

¹⁰⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit. p.115-116

¹⁰⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit. p.116.

¹⁰⁹ ADEODATO, João Maurício. **Adeus à separação dos Poderes**. 2009, p.1. Disponível em: <<http://www.epd.edu.br/sites/default/files/arquivos/anexos/2019-04/Separac%CC%A7a%CC%83o%20de%20Poderes%20-%20Joa%CC%83o%20Mauri%CC%81cio%20Adeodato.pdf>> Acesso em: 24 de março de 2020.

de criação e realização das demandas sociais que visem a defesa dos cidadãos e das minorias menos privilegiadas economicamente¹¹⁰.

A consequência trazida pela politização do judiciário promove ordem prática em matéria pertinente à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Tanto é que o legislador, por meio da lei 12063/09, não conferiu ao Supremo Tribunal Federal a legitimidade para impor prazo na edição de norma em face do Poder Legislativo; contudo, a Suprema Corte¹¹¹ já se posicionou contrariamente, baseando-se na ideia de eficácia; é o que se extrai das seguintes decisões: ADI 2.240/BA, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), na ADI 3.316/MT, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), na ADI 3.489/SC, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), na ADI 3.689/PA, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 24 meses), na ADI 3.819/MG, Rel. Min. EROS GRAU (prazo de 06 meses) e na ADI 4.270/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA (prazo de 12 meses).

Essa derrogação de aspectos processuais constitucionais da hermenêutica jurídica adotada pelo Órgão protetor da Constituição traz sérias preocupações, pois, as balizas normativas impostas pelo legislador constitucional se diluem e se entrelaçam com a competência jurisdicional conforme cresce a atuação política do STF.

Com isso, pode-se afirmar que o aspecto de certas decisões do Supremo Tribunal Federal possuem fundamentação metajurídica e se assemelham ao realismo, nesse sentido João Maurício Adeodato expõe a sua crítica:

Mais do que idiosincrasias ou purismos de escolas, essa evolução teórica espelha fenômenos característicos da era contemporânea. A complexidade crescente e a pulverização dos espaços significativos comuns, com a correspondente exacerbação do individualismo ético, vão fazer com que, dentro de um ordenamento jurídico já sobrecarregado, sobrecarregue-se também a atividade criadora do julgador e aumente seu poder discricionário, tão temido pelos primeiros exegetas. A proibição do *non liquet* (obrigatoriedade de decidir), que se torna um dos principais esteios da dogmática jurídica na modernidade, está, em última instância, a cargo do judiciário¹¹².

Outro aspecto que deve ser analisado diz respeito à possibilidade do STF em editar norma que supra omissão inconstitucional até que o Poder Legislativo ou Executivo saia da situação de mora. Note que esse limite foi trazido pelo legislador constitucional ao afirmar, no

¹¹⁰ ADEODATO, João Maurício. *idem*. p.2.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. rel. Celso de Mello, p.65-66.

¹¹² ADEODATO, João Maurício. *op. cit.* p.12.

art. 103, §2º da Constituição Federal, que, *in verbis*, “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”¹¹³.

A melhor inteligência que se pode extrair do texto acima é de que, após o prazo de 30 dias, o STF poderá suprir omissão do órgão administrativo, ademais, não é possível assumir o mesmo raciocínio ao tratar dos casos de omissão do órgão legislativo.

A regra constitucional esboçada no art. 103, § 2º, da CF/88 foi reforçada após a regulamentação da ADO trazida pela Lei 12063/09, mais especificamente no art. 12-H *caput* e §1º, vejamos o que diz o texto da lei:

Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

§ 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido¹¹⁴.

Uma outra teoria que fomenta a harmonia entre os Poderes e se comunica diretamente com o princípio da separação dos poderes é o sistema de freios e contrapesos. Historicamente, a teoria dos freios e contrapesos surgiu com a publicação da obra “O Espírito das Leis”, do pensador francês *Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu*, e veio com o intuito de conferir instrumentos hábeis a limitar os Poderes entre si, evitando com isso o surgimento de um superpoder, como ocorria na França pré-revolução.

Esse sistema de freios e contrapesos foi adotado pela Carta Constitucional, a exemplo desse controle temos o exercido pelo Poder Executivo em face do Poder Legislativo quando Presidente veta projeto de lei ao considerá-lo inconstitucional ou contrário ao interesse público, *vide* art. 66, §1º da Constituição Federal, um outro exemplo controle, só que dessa vez em mão inversa, está posto no art. 49, inciso V, da CF quando é prevista a possibilidade

¹¹³ BRASIL. Lei 12.063. Promulgada em 27 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm> Acesso em: 02 de junho de 2021.

¹¹⁴ BRASIL. Lei 12.063. *idem*.

do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa¹¹⁵.

O Poder Judiciário também exerce controle sobre os demais órgãos, especialmente quando se trata do controle de constitucionalidade. Esse controle pode ser exercido tanto em leis em sentido material quanto em atos editados pelo Poder Executivo, contanto que neste caso não se trate de mérito administrativo, mas sim de legalidade.

Para impedir o abuso de qualquer dos poderes de seus limites e competências, dá-se a ação do controle da constitucionalidade das leis, da decisão dos conflitos intersubjetivos e da função garantidora dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, pelo Poder Judiciário¹¹⁶.

Perceba que o Poder Judiciário exerce, precipuamente, o controle sobre os excessos cometidos pelos outros Poderes, contudo, isso não implica na isenção do Poder Judiciário em ser controlado, tanto é que no próximo parágrafo o tema será enfrentado limitado ao controle exercido sobre o Supremo Tribunal Federal.

O principal dispositivo está posto no art. 52, inciso II, da CF/88, ao tratar da possibilidade de processar e julgar os Ministros do STF por crimes de responsabilidade. Neste caso o controle é exercido privativamente pelo Senado Federal. Os Ministros também podem ser julgados por seus pares quando se tratar de crime comum, neste caso é o que versa o art. 102, inciso I, alínea b, da Magna Carta. Há também, em sede disciplinar, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, LC nº 35/79. O seu art. 42, da Loman, prevê a possibilidade de aplicar as penas de disponibilidade e aposentadoria compulsória.

Apesar de haver uma série extensa de possibilidade em se controlar os atos do Supremo Tribunal Federal, na prática, não há evidência da aplicação dessas regras de controle, nesse sentido é possível perceber que já houveram diversos pedidos de impeachment contra os Ministros, sendo que nenhum foi devidamente apreciado. Essa situação contribui

¹¹⁵ Constituição Federal. Art. 66, §1º. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

¹¹⁶ BARBOSA, Oriana Piske de A. SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)** Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>>

Acesso em: 22 de agosto de 2020.

para a fragilidade na aplicação do sistema de freios e contra pesos, não só isso, fomenta um agigantamento das competências da Suprema Corte.

Esse agigantamento já era previsto por Montesquieu¹¹⁷ em qualquer um dos Poderes, tanto é que o autor afirma:

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

Diante da fragilidade que tem sido promovida pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio da separação dos poderes, Adeodato¹¹⁸ defende que o juiz deve ficar mais adstrito ao texto da lei e fiscalizar suas decisões, mais à francesa, isso se revela como um caminho mais viável na atualidade, num interessante olhar de volta, embora em outro contexto, à aurora do positivismo.

Esse positivismo fomenta a segurança jurídica. Não se pode derogar regras insculpidas na Constituição por meio da aplicação irresponsável de determinados princípios. Perceba que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26 trouxe, reiteradamente, o princípio da dignidade da pessoa humana para aplicar a interpretação conforme à Constituição, deixou-se de prezar pelo princípio ora estudado, bem como outras regras e princípios que são caros ao Direito. Essa afirmação cai como luva na crítica do Professor Daniel Souza Sarmiento apud Eduardo Fin de Figueiredo¹¹⁹:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus

¹¹⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Marins Fontes, 1993, p. 181.

¹¹⁸ ADEODATO, João Maurício. op. cit. p.13.

¹¹⁹ FIGUEIREDO, Eduardo Fin De. GIBRAN, Sandro Mansur. O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia. **Revista Unicuriitaba**, p.117. Disponível em: <<http://revista.unicuriitaba.edu.br/index.php/percurso/article/view/1728/1122>> Acesso em 24 de maio de 2021.

jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

Por fim, Sarmiento apud Figueiredo¹²⁰ continua sua crítica ao afirmar que:

A crítica nesse ponto é severa porque quando se confunde o campo jurídico com o campo político a consequência é fatal, o julgador acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos, entretanto, como visto, o atual sistema de controle de constitucionalidade no Brasil favorece o ativismo judicial, porque no Brasil, todos juízes e tribunais são capazes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o ativismo, assim, busca uma solução mágica, na extração de um princípio que fundamente a decisão (razoável ou não), acaba por afrontar à separação dos poderes, **faz do juiz um verdadeiro legislador**, contrariando o Estado Democrático de Direito, em que impera a lei como decorrência da justiça (grifo nosso).

É extremamente preocupante essa atuação estranha do Poder Judiciário em legislar, fomenta com isso a fragilidade no princípio da Separação dos Poderes e afasta a independência e harmonia trazidas no art. 2º da Constituição Federal de 1988¹²¹.

Ainda que nos dias atuais o princípio da separação dos poderes detenha uma considerável flexibilidade - sabe-se que cada Poder exerce uma função prevalecente, restando a possibilidade em adentrar a função precípua de outros Poderes, a exemplo temos a edição de Medida Provisória (ato de legislar) pelo Chefe do Executivo (Presidente) - não se deve deixar de respeitar os limites impostos pelo próprio constituinte, esse respeito por fim promove a segurança jurídica e evita a autofagia do Estado.

¹²⁰ FIGUEIREDO, Eduardo Fin De. op cit. p.116-117.

¹²¹ Constituição Federal. Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

3.2 CRÍTICA AO ATIVISMO JUDICIAL

Como supracitado, o princípio da separação dos poderes tem sido constantemente desnaturado pelo emprego do ativismo judicial. Nesse sentido e de maneira sintetizada o ativismo judicial pode ser conceituado como a atuação mais ampla do Poder Judiciário em face dos demais Poderes, visando a promoção e concretização de valores insculpidos na Constituição Federal. A teoria que circunda o ativismo judicial é louvável, contudo na prática gera desconforto por usurpar a função precípua dos demais Poderes.

[...] o fenômeno do ativismo judicial recorrente nas democracias contemporâneas, consistindo ele na interpretação proativa, audaciosa e criativa da Constituição pelo Judiciário, de modo a sanar as omissões ou mora dos outros poderes, notadamente do Legislativo, na edição de seus respectivos atos normativos¹²².

Note também que os capítulos anteriores demonstraram que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26 foi um divisor de águas no Direito Brasileiro por trazer diversas alterações no ordenamento jurídico. Tanto aspectos processuais quanto materiais foram modificados e a decisão atacou normas infraconstitucionais e constitucionais.

Essas alterações foram “legitimadas” pela promoção dos direitos fundamentais e “desídia” do Poder Legislativo, pelo menos é o que a maioria do Supremo Tribunal Federal afirmou. Perceba que o Ministro Gilmar Mendes¹²³ fundamenta nesse sentido ao afastar, inclusive, a ideia ativista:

Não há dúvidas de que a conjuntura que se tem no Brasil, como já foi aqui descrito, é de inércia, de dificuldades e de não decisão por razões políticas várias. Esse cenário inevitavelmente impõe a necessidade de este Tribunal Constitucional agir de forma concretizadora, sanando omissão inconstitucional que implica violação direta a garantias individuais. E, por isso mesmo, restam rechaçadas as críticas de um suposto ativismo.

Nesse ponto abre-se uma crítica, pois fica fácil para o STF legitimar suas decisões ativistas, é a Corte quem afirma a ocorrência de uma omissão e ao mesmo tempo utiliza essa fundamentação para abrir espaço invasivo. A crítica não é feita em cima da criminalização ou

¹²² HASSELMANN, Gustavo. **Ativismo judicial no STF. Acertos ou desacertos?** 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/294916/ativismo-judicial-no-stf-acertos-ou-desacertos>> Acesso em: 25 de agosto de 2020.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Gilma Mendes, p.27.

não da homofobia e transfobia, mas sim da “soberania” dos veredictos do Supremo em matéria de competência originária de outros órgãos.

O Ministro Gilmar Mendes afirma que a decisão que estendeu o conceito de racismo à comunidade LGBT não se trata de ativismo judicial, contudo, o ativismo judicial é basicamente a atuação proativa e inovadora por parte do Poder Judiciário, que invade diretamente a competência dos outros Poderes e foi exatamente isso que ocorreu ao estender o conceito de racismo.

Ao trazer para o instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sabe-se que o art. 103, §2º, da CF/88 só poderia ser alterado mediante emenda constitucional, não obstante e como dito anteriormente, o STF entendeu que poderia suprir lacuna normativa até que lei fosse editada, é o que afirma parte da ementa da decisão:

O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para:

[...] dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, **até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional**, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão¹²⁴ (grifo nosso);

Outro aspecto que demonstra a postura ativista do STF se perfaz no alcance da Lei 7716/89. Note que por meio da interpretação conforme à Constituição - que mais se confunde com *analogia in malam partem* - estendeu-se o conceito de racismo à comunidade LGBT. O curioso é que o STF admite que o Poder Legislativo não quis legislar sobre a matéria, acarretando com isso em uma omissão inconstitucional, ao mesmo tempo afirma que a ordem constitucional conferiu proteção racial à comunidade LGBT mediante interpretação conforme

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752871041>> Acesso em: 31 de abril de 2021.

à Constituição. Além disso, é perceptível que, se já havia legislação apta a conferir tal proteção, porque foi declarada omissão inconstitucional? Retornamos aquela ideia de argumentos metajurídicos que servem apenas de cortina para alargar os poderes do Supremo Tribunal Federal.

É inegável que deve-se promover a concretização de determinados direitos, não obstante, essa busca não pode ser realizada de forma desmedida. Segundo Copatti (2016, **apud ANDRADE; BRASIL, 2018, p. 3283**), “O ativismo rompe com paradigmas constitucionais, tentando concretizar direitos fundamentais; o que não significa que seja uma atuação absolutamente livre de riscos sob o ponto de vista da separação dos Poderes”.

Um outro ponto que contribui para essa atuação proativa é a amplitude dada pela Constituição Federal em sede de direitos fundamentais, neste ponto a crítica não é direcionada à proteção conferida pela constituinte, mas sim a utilização desse rol extensivo para “legitimar” certas decisões. A amplitude adotada finda por produzir um esvaziamento axiológico, além disso, permite ao Poder Judiciário conhecer toda e qualquer matéria, ainda que seja de competência originária de outro Poder. Nesse sentido afirma Figueiredo¹²⁵:

O que se verifica é a inversão de papéis, o Judiciário atuando como se Legislativo fosse, diante da ampliação da responsabilidade do Poder Judiciário trazida pela Constituição Federal de 1988. O debate da constitucionalidade das leis foi retirado do Poder Legislativo e Passou ao Poder Judiciário, trazendo severas implicações no Estado Democrático de Direito, na ideia de democracia e nos próprios limites de atuação do Judiciário.

O curioso é que o STF insiste deslegitimar as decisões dos outros Poderes para dar legitimidade às próprias decisões, atropela-se o sufrágio secreto e universal e afasta a escolha feita pelo parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, que afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da própria Constituição.

É impressionante como a decisão de 11 Ministros, não eleitos pelo povo, pode superar uma assembleia composta por mais de 500 representantes eleitos, isso sem contar com os Senadores, Prefeitos, Governadores e Presidente da República. Insisto nesta crítica, pois o único órgão que não se vê controle nas decisões é o STF. A ideia trazida pelo sistema de freios e contrapesos é a regulação mútua, contudo, como então é possível um órgão se auto

¹²⁵ FIGUEIREDO, Eduardo Fin De. op cit. p.114.

regular? É o mesmo que exigir que o Rei use a sua consciência para governar. Falta-se regras claras e básicas para direcionar a atuação da Suprema Corte, talvez-se argumente-se no sentido de que a Constituição já delimitou estas regras e nesse aspecto eu concordo, não obstante, o Supremo Tribunal Federal tem reescrito a Constituição sem alterar o seu texto, agindo como legislador e alterando as suas regras de conduta de acordo com suas próprias conveniências.

Ademais, a Suprema Corte argumenta no sentido de que, por muito tempo, o Poder Judiciário era posto à margem em relação dos demais Poderes, essa colocação leva os tribunais escolherem entre duas alternativas, a primeira se traduz na postura clássica, limitada à função jurisdicional, a segunda se perfaz em uma postura proativa, perquirindo igualar-se aos demais poderes, tornando um terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador¹²⁶.

Neste sentido Gilmar Mendes¹²⁷ ao afirmar que:

Neste sentido, antes que se possa falar, criticamente, em ativismo, é preciso compreender o papel do Judiciário num contexto histórico de hipertrofia dos demais poderes e, mais, num cenário de desconfiança e de falhas na concretização de direitos fundamentais, principalmente de minorias que pouco ou nenhum acesso têm à arena de decisão política.

A propósito, John Hart Ely reconhece a possibilidade de uma postura ativa do Judiciário com vistas a facilitar a representação política de minorias.

Essa visão em se tornar um “terceiro gigante” traz arrepios, pois, em tese, não se pode derrogar limites constitucionais com base em argumentos metajurídicos, e nessa direção a própria legislação é quem dar margem para as diversas interpretações, caso contrário, estaremos correndo o risco de adentrarmos em uma ditadura do Poder Judiciário, ou melhor, uma ditadura do STF.

Por tudo o que foi exposto torna-se inegável que o ativismo judicial esteja presente na atividade judicial brasileira, as críticas acima são corroboradas por parte da doutrina e dentre os importantes críticos, destaca-se Lenio Streck. O citado autor afirma que, em determinados casos, o Supremo Tribunal Federal altera o seu entendimento de acordo as pressões sofridas

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Gilma Mendes, p.27.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Voto Min. Gilma Mendes, p. 28.

ao utilizar de argumentos metajurídicos para validar as suas decisões que, por vezes, se demonstram contraditórias, um exemplo citado pelo autor se perfaz na Ação Penal 470¹²⁸.

A Ação Penal 470 consagrou a jurisprudência do STF de que, quando há condenação criminal transitada em julgado de mandatário de cargo eletivo, a cassação do mandato constitui consequência automática da pena, independentemente de manifestação da Casa Legislativa. Já com o “caso Cassol” (AP 565), houve reviravolta na jurisprudência do Supremo, da qual participou o ministro Luís Roberto Barroso: a perda do mandato passou a depender de decisão das Casas Legislativas, na forma como dispõe a Constituição brasileira (artigo 55, VI, §2º).

[...]

O Judiciário, especialmente a Corte Constitucional, que exerce um papel contramajoritário, não pode simplesmente mudar de ideia, nem mesmo se houver grande descontentamento da opinião pública. Isso porque, acima de tudo, o argumento que fundamenta uma decisão judicial deve ser jurídico — nem moral, nem político.

Outro ponto levantado por Lenio diz respeito a *lei da vontade*, veja a seguinte fala de CASALINI (2006, p.284), conforme citado por LENIO (2015, p.58):

A utilização dessa terminologia (*judge-made law*) para caracterizar a fase ativista da Suprema Corte norte-americana, nesse contexto, é um tanto quanto esclarecedora, especialmente aliada à questão da vontade. De fato, quando a decisão judicial passa a ser uma questão de vontade, então, não há outro direito a seguir, senão *o construído pelo Judiciário*, isto é, criado pela *vontade* de quem julga (*a lei da vontade*). Essa postura rompe com a noção de *rule of law*, na medida em que, a partir disso, em suas manifestações, o juiz sempre exercerá sua discricionariedade, “selecionando, entre muitos pontos de vista deixados abertos pelo direito, aquele que está mais próximo das suas preferências subjetivas”.

Extrai-se da citação acima que essa postura de abertura influencia o julgador a decidir por critérios pessoais, comprometendo a imparcialidade. Ferreira Filho coaduna com esse pensamento ao afirmar que:

Esta imparcialidade evidentemente se perde, quando o magistrado se dispõe a concretizar politicamente a sua visão do mundo, especificamente a sua ideologia. E se isto afeta as suas decisões no campo formalmente aberto para a sua apreciação de ações políticas, não deixa de se refletir também no campo ordinário de sua atuação¹²⁹

O Supremo Tribunal Federal possui uma função ímpar no cenário brasileiro, tanto é que o legislador ordinário conferiu ao órgão a função de guardião da Constituição, isso não

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília. V. 5, nº especial, 2015, p.53, 54. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3139/pdf>> Acesso em: 10 de março de 2020.

¹²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Papel Político do Judiciário e suas Implicações. **Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**. Mato Grosso do Sul. V.1, nº 2, 2009, p.16. Disponível em: <<http://www.revistasistemas.com.br/index.php/systemas/article/view/21/16>> Acesso em: 10 de março de 2020.

implica em uma ação desmedida tendo por base uma suposta luta pelos direitos e garantias fundamentais. Deve-se haver maior consonância entre aquele órgão com os próprios limites impostos pelo constituinte, caso contrário, entraremos em um cenário preocupante, em que o Poder Judiciário deterá, além da função precípua, a função dos Poderes Executivo e Legislativo, isso incorreria em um retorno ao absolutismo ao passo que o soberano agia de acordo com o próprio alvedrio.

CONCLUSÃO

A presente monografia teve como objetivo examinar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26, demonstrando os diversos aspectos que circundam a decisão em comento ao realizar uma breve comparação entre a ADO, o Mandado de Injunção e outras espécies de controles constitucionais. Ademais, realizou-se uma análise da *analogia in malam partem* e da interpretação conforme à Constituição e como esses conceitos foram trazidos em sede de decisão. Por fim, estabeleceu-se um raciocínio voltado para o princípio da separação dos poderes com foco no sistema de freios e contrapesos associado à mitigação do referido princípio por meio do ativismo judicial. A problemática do trabalho esteve concentrada em analisar a adequação do acórdão ao ordenamento jurídico brasileiro pertinente à própria ideia de criação de conceitos normativos penais incriminadores ao estender o conceito de racismo às condutas homotransfóbicas. Além disso, questiona-se se houve, ou não, uma mitigação dos aspectos processuais da Lei 12063/09 ao permitir que o STF supra lacuna normativa até que o Poder Legislativo se pronuncie, por meio de lei, afastando a omissão inconstitucional.

A escolha pelo estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26 adveio do interesse em analisar os aspectos que proporcionaram uma releitura do conceito de racismo, tendo em vista que a norma penal está esposada com aspectos rígidos por tratar de um dos maiores bens jurídicos tutelados pelo Direito, a saber, o direito à liberdade. Essa releitura da norma trouxe implicações práticas na ciência jurídica por proporcionar uma reformulação do próprio direito ao alargar as atribuições do STF quando diante de uma omissão inconstitucional trazida pela desídia do Poder Legislativo. Além disso, nota-se que a decisão em análise não se limita à aspectos puramente dogmáticos por proporcionar para a sociedade um novo olhar no que concerne às ofensas geradas contra a comunidade LGBT.

Com o desenvolvimento da pesquisa foi possível perceber que, paulatinamente, o Supremo Tribunal Federal vem alargando sua atuação e seu controle em face de omissões legislativas, o ponto alto desse progresso se deu com o Mandado de Injunção 670/ES quando estabeleceu prazo de 60 dias para a edição de lei que suprisse omissão inconstitucional. Nesse sentido, a referida decisão serviu de substrato para fundamentar a promoção de direitos

fundamentais bem como conferiu aos legitimados maior possibilidade de promoção de certos direitos sem passar de imediato pelo crivo do Poder Legislativo. Sendo assim, o contencioso judicial passou a ser utilizado como meio de alteração da norma sem causar mudança no texto da lei. Essa postura mais ativa da Suprema Corte, inicialmente, buscou promover determinados direitos para o pleiteante, não obstante, há também a promoção de resultado diverso no sentido de produzir zonas de conflitos entre os Poderes Judiciário e Legislativo. Ademais, percebe-se uma mitigação na função precípua do legislador, bem como na sua escolha jurídica normativa. Essa mitigação pode ser vista com clareza em sede do acórdão base do presente trabalho.

O comportamento mais ativo do Supremo Tribunal Federal não tem obtido unanimidade da aprovação por parte da doutrina, há autores que versam no sentido de reconhecer os benefícios trazidos pelo emprego do ativismo judicial enquanto que outra parcela doutrinária enxerga essa postura como uma ofensa ao princípio da separação dos poderes e prosseguem ao afirmar que a usurpação de competência finda por fomentar uma insegurança jurídica e uma instabilidade democrática.

Diante das contraposições, o presente trabalho buscou conhecer as nuances que envolvem a ADO 26 ao analisar o alcance da interpretação conforme à Constituição em produções doutrinárias e jurisprudenciais. Além disso, o estudo se baseou igualmente na análise da *analogia in malam partem* e no fundamento do princípio da separação dos poderes. Após todo o estudo bibliográfico e jurisprudencial, percebeu-se que o tema se revelou deveras complexo e que os argumentos produzidos tanto legitimam a decisão do STF quanto são capazes de invalidá-la em âmbito teórico. Em sequência, notou-se que a doutrina já vem explorando a possibilidade da mitigação do princípio da Separação dos Poderes quando se está em jogo matérias pertinentes à promoção da dignidade da pessoa humana, não obstante, a mitigação trazida pela doutrina não é utilizada como escudo contra o desrespeito às normas integrantes do ordenamento jurídico, neste ponto exige-se uma ponderação de valores sem os quais a ordem jurídica se achará desnaturada, podendo, inclusive, ameaçar o próprio Estado Democrático de Direito por derrogar normas Constitucionais pelo uso de argumentos metajurídicos.

Neste sentido, buscou-se conhecer a teoria do ativismo judicial e percebeu-se que, aos poucos, determinadas regras válidas estão sendo revogadas sem haver alteração no texto da lei (suspensão da eficácia de determinada norma jurídica), tanto é que algumas regras processuais trazidas pela Lei 12063/09, que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, foram alteradas durante o acórdão em estudo. A principal regra ofendida diz respeito à possibilidade do STF em editar norma que supra omissão inconstitucional gerada pelo Poder Legislativo, ficou demonstrado que o legislador não conferiu tal prerrogativa ao Supremo, contudo, este usurpou tal competência e alargou o entendimento do conceito de racismo, produzindo flagrante ofensa à regra processual trazida pela lei supracitada.

Para além do exposto acima, o tema do acórdão gravitou em torno da matéria penal e como é sabido só se pode criar tipos penais mediante lei em sentido estrito. Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a questão da equiparação da homofobia ao crime de racismo não se tratava da aplicação da *analogia in malam partem*, mas sim da interpretação conforme à Constituição. Neste ponto resta ressaltar que os conceitos penais devem ser tratados da maneira mais restrita possível, especialmente quando se diz respeito à criação ou alargamento de tipos penais incriminadores, mesmo com a restrição trazida pelo legislador e reforçada pela doutrina, a Suprema Corte entendeu que o tema tratado deveria receber roupagem penal e novamente suplantou as atribuições do Poder Legislativo. Neste ponto é possível perceber que aos poucos o STF tem se tornado um gigante para além dos outros Poderes e esse comportamento gera um desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos.

Ainda que exista a necessidade em se promover determinados direitos, essa promoção deve ser realizada segundo as balizas estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Os métodos interpretativos servem exatamente para permitir que seja dado um maior alcance ao texto puro da lei sendo que a própria aplicação da interpretação está limitada à aspectos materiais e processuais sem as quais haveria uma falta de referência e o Direito poderia ser criado ao bel prazer do intérprete. Neste sentido, caso fosse possível criar o Direito sem respeitar as regras do ordenamento jurídico estaríamos incorrendo para um lamentável desfecho, pois aquele que detém a interpretação poderá agir conforme às suas vontades e a história demonstra que todo o indivíduo que possui o poder, sem balizas, tende a abusar dele.

A elaboração da presente monografia revelou-se desafiadora e agregou um importante conhecimento na minha vida acadêmica, a complexidade e fluidez dos conceitos trazidos em sede de ADO 26 demonstraram o quão difícil pode ser o entendimento dos fundamentos da decisão analisada, foi necessário uma intensa ponderação entre os diversos argumentos norteadores do acórdão e um esforço analítico em matéria doutrinária, tendo em vista que a sentença em análise serviu como divisor de águas no Direito e a doutrina pouco explorou a temática.

No que concerne a extensão do conceito de racismo, percebi o quão importante é conhecer as várias formas de se revelar o Direito. Além disso, senti uma considerável preocupação com a decisão, já que a recente teoria da interpretação conforme à Constituição permitiu que o Supremo Tribunal Federal alargasse as suas atribuições e esse comportamento pode gerar uma fragilidade no princípio da Separação dos Poderes e com isso contribuirá para uma desnaturação do sistema de freios e contrapesos e acarretará em um agigantamento do Poder Judiciário e por fim gerará uma fragilidade nas atribuições dos demais Poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

AFONSO, José da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

ABBOUD, Georges. **Controle Difuso de Constitucionalidade**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/56/edicao-1/control-e-difuso-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 27 de novembro de 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 201,202.

THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. 59ª edição. Rio de Janeiro, Forense. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade do Direito Brasileiro**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 52.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3ª edição. São Paulo: Método, 2013.

SANTOS, Ellen Cláudia. **Conceituando as inconstitucionalidades por ação e por omissão**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53932/conceituando-as-inconstitucionalidades-por-acao-e-por-omissao>> Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

HORBACH, Beatriz Bastide. **A gradual supressão da exigência da pertinência temática em controle abstrato**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-16/observatorio-constitucional-supressao-exigencia-pertinencia-tematica-controle-abstrato>> Acesso em: 14 de janeiro de 2020.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Distinções entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção**. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/163748936/distincoes-entre-a-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-o-mandado-de-injuncao>> Acesso em: 25 de janeiro de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. **Revista Jurídica da PRESIDÊNCIA**. Brasília. V. 13, n. 100, 2011. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/134>> Acesso em 10 de março de 2020.

PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. Efeitos Processuais no Controle Judicial de Constitucionalidade. **Tese (mestrado em Direito)**. Faculdade de Direito da USP. p.142. 2009. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06102010-133203/pt-br.php>> Acesso em 10 de março de 2020.

ANDRADE, Mariana Dionísio de; BRASIL, Clarissa. Delimitando o Ativismo Judicial: Acepções, Críticas e Conceitos. **Revista Questio Iuris**. Rio de Janeiro. V. 11, nº4, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**. V. 2, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/3522134021>> Acesso em: 10 de março de 2020.

WENDEL, Marcelo da Silva. A Unidade, Coerência e Completude do ordenamento jurídico e o conceito de reincidência tributária. **Consulex: revista jurídica**. Brasília. V. 13, n. 296, 2009. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18331>> Acesso em: 25 de maio de 2021.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Analogia e Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciência Criminais**. São Paulo, v. 1, jan-fev. 2016, p. 159-184.

ADEODATO, João Maurício. **Adeus à separação dos Poderes**. 2009. Disponível em: <<http://www.epd.edu.br/sites/default/files/arquivos/anexos/2019-04/Separac%CC%A7a%CC%83o%20de%20Poderes%20-%20Joa%CC%83o%20Mauri%CC%81cio%20Adeodato.pdf>> Acesso em: 24 de março de 2020.

BALDRESCA, Raecler. O Papel dos juízes na interpretação constitucional: reflexões sobre ativismo, minimalismo e realismo no âmbito criminal. **Revista da AJUFE**. Disponível em: <<https://ajufe.org.br/images/bkp/ajufe/arquivos/downloads/raecler-baldresca-o-papel-dos-juizes-na-interpretacao-constitucional-reflexes-sobre-ativismo-minimalismo-e-realismo-no-ambito-criminal-41313115.pdf>> Acesso em: 25 de março de 2020.

QUEIROZ NETO, Luiz Vicente de Medeiros. **A pertinência temática como requisito da legitimidade ativa para o processo objetivo de controle abstrato de normas**. p.7-8. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79072744.pdf>> Acesso em: 25 de maio de 2021.

F. DANTAS, Paulo Roberto de. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao/5427>> Acesso em: 12 de janeiro de 2020.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão.** Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79073246.pdf>> Acesso em: 04 de março de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional.** Madrid. n. 13, 2009. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 10 de março de 2020.

LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. **A interpretação conforme a Constituição equivale a uma declaração de inconstitucionalidade?** Disponível em: <[https://jus.com.br/artigos/23195/a-interpretacao-conforme-a-constituicao-equivale-a-uma-declaracao-de-inconstitucionalidade#:~:text=A%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20conforme%20a%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20\(verfassungskonforme%20Auslegung\)%20%C3%A9%20uma%20cria%C3%A7%C3%A3o,declarada%20a%20nulidade%20da%20mesma.](https://jus.com.br/artigos/23195/a-interpretacao-conforme-a-constituicao-equivale-a-uma-declaracao-de-inconstitucionalidade#:~:text=A%20interpreta%C3%A7%C3%A3o%20conforme%20a%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20(verfassungskonforme%20Auslegung)%20%C3%A9%20uma%20cria%C3%A7%C3%A3o,declarada%20a%20nulidade%20da%20mesma.)> Acesso em: 19 de agosto de 2020.

SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme à Constituição - Verfassungskonforme Auslegung - no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/500>> Acesso em 24 de maio de 2021.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin De. GIBRAN, Sandro Mansur. O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia. **Revista Unicritiba.** Disponível em: <<http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/1728/1122>> Acesso em 24 de maio de 2021.

HASSELMANN, Gustavo. **Ativismo judicial no STF. Acertos ou desacertos?** 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/294916/ativismo-judicial-no-stf-acertos-ou-desacertos>> Acesso em: 25 de agosto de 2020.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília. V. 5, nº especial, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3139/pdf>> Acesso em: 10 de março de 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Papel Político do Judiciário e suas Implicações. **Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**. Mato Grosso do Sul. V.1, nº 2, 2009, p.16. Disponível em: <<http://www.revistasystemas.com.br/index.php/systemas/article/view/21/16>> Acesso em: 10 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade Número 3.682**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 09 de maio de 2007. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>> Acesso em: 31 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade Número 3.961**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julg. 07 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752871041>> Acesso em 31 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Número 26**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01/07/2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752871041>> Acesso em: 31 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Injunção 670/ES**, rel. Min. Maurício Correa, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es>> Acesso em: 31 de abril de 2021.

BRASIL. **Lei 13.300**. Promulgada em 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm> Acesso em: 01 de junho de 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01 de junho de 2021.

BRASIL. **Lei 9.868**. Promulgada em 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm> Acesso em: 01 de junho de 2021.

BRASIL. **Lei 7.716**. Promulgada em 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm> Acesso em: 02 de junho de 2021.

BRASIL. **Decreto-lei 4.657**. Promulgada em 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> Acesso em: 02 de junho de 2021.

BRASIL. **Lei 12.063**. Promulgada em 27 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm> Acesso em: 02 de junho de 2021.