

CRIMINALIZAÇÃO JUDICIAL DA HOMOFOBIA: VIRTUDES E PROBLEMAS DE UMA DECISÃO ATIVISTA

THE JUDICIAL CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA: VIRTUES AND PROBLEMS OF AN ACTIVIST DECISION

LA CRIMINALIZACIÓN JUDICIAL DE LA HOMOFOBIA: VIRTUDES Y PROBLEMAS DE UNA DECISIÓN ACTIVISTA

JORGE MAURÍCIO PORTO KLANOVICZ

<https://orcid.org/0000-0001-7863-4204> / <http://lattes.cnpq.br/1666414984921522> / jorgemauriciopk@gmail.com
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Porto Alegre, RS.

NEFI CORDEIRO

<https://orcid.org/0000-0002-1490-3118> / <http://lattes.cnpq.br/5951672513643175> / gmcnc@stj.jus.br
Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF.

RESUMO

A partir de uma abordagem exploratória, orientada por um referencial progressista (isto é, comprometido com a expansão dos direitos humanos), o artigo realiza uma análise crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal que definiu que, até que sobrevenha legislação específica sobre o tema, se apliquem a condutas homofóbicas e transfóbicas os tipos penais previstos na Lei 7.716/1989. Inicialmente, são expostos elementos que compõem a discussão sobre o chamado ativismo judicial. Em seguida, são delineados parâmetros para o ativismo. Submetida a decisão a esses parâmetros, conclui-se que ela transgrediu a necessidade de rigor metodológico e violou o núcleo essencial da garantia fundamental da legalidade. A decisão aproxima-se de posição conhecida como esquerda punitiva, a qual, com o fim de promover sua pauta, acaba por tolerar o amesquinamento de garantias fundamentais, produzindo efeitos regressivos sobre o sistema penal e impacto negativo especialmente sobre os grupos sociais mais vulneráveis.

Palavras-chave: homofobia; ativismo judicial; rigor metodológico; núcleo essencial; esquerda punitiva.

ABSTRACT

Using an exploratory approach, guided by a progressive framework (that is, committed to the expansion of human rights), the article carries out a critical analysis of the decision of the Supreme Court which defined that, until specific legislation on the subject comes into force, the criminal types provided for in Law 7,716/1989 apply to homophobic and transphobic conduct. Initially, elements that make up the discussion on so-called judicial activism are exposed. Next, parameters for activism are outlined. Subjecting the decision to these parameters, it is concluded that it transgressed the need for methodological rigor and violated the essential core of the fundamental guarantee of legality. The decision is close to the position known as the punitive left, which, in order to promote its agenda, tolerates the undermining of fundamental guarantees, producing regressive effects on the penal system and a negative impact especially on the most vulnerable social groups.

Keywords: homophobia; judicial activism; methodological rigor; essential nucleus; punitive left.

RESUMEN

Con un enfoque exploratorio, guiado por un marco progresista (es decir, comprometido con la ampliación de los derechos humanos), el artículo realiza un análisis crítico de la decisión del Corte Suprema que definió que, hasta que entre en vigor una legislación específica sobre la materia, los tipos penales previstos en la Ley 7.716/1989 se aplican a las conductas homofóbicas y transfóbicas. Inicialmente se exponen elementos que conforman la discusión sobre el llamado activismo judicial. A continuación, se describen los parámetros para el activismo. Sometiendo la decisión a estos parámetros, se concluye que transgredió la necesidad de rigor metodológico y violó el núcleo esencial de la

garantía fundamental de legalidad. La decisión se acerca a la posición conocida como izquierda punitiva, que, para promover su agenda, tolera el menoscabo de garantías fundamentales, produciendo efectos regresivos en el sistema penal y un impacto negativo especialmente en los grupos sociales más vulnerables.

Palabras clave: activismo judicial; rigor metodológico; núcleo esencial; punitiva izquierda.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. O DEBATE SOBRE ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO; 2. ALGUNS PARÂMETROS PARA O ATIVISMO JUDICIAL; 3. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO; 3.1 Virtudes; 3.2 Fragilidades; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Em importante decisão tomada em 2019, o Supremo Tribunal Federal, além de reconhecer o estado de mora do Congresso Nacional no cumprimento de mandados constitucionais de criminalização de atos discriminatórios praticados em razão de orientação sexual ou de gênero, definiu que, até que sobrevenha legislação específica sobre o tema, se apliquem a condutas homofóbicas e transfóbicas os tipos penais previstos na Lei 7.716/1989.¹ Trata-se da lei que, no ordenamento jurídico brasileiro, “define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”.

O campo progressista² em geral - em especial os movimentos que vocalizam os interesses das vítimas desse tipo de conduta - aplaudiu efusivamente a decisão, o que é compreensível. Afinal, a criminalização da homofobia e da transfobia é uma demanda histórica desses setores e tem fundamento na Constituição, a qual, em diversas passagens, é bastante eloquente no repúdio a todas as formas de discriminação.³ Está correta, portanto, a decisão do Supremo

¹ A decisão foi tomada em julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4.733. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13/06/2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 4.733. Autor: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 13/06/2019.

² O *progressismo* é um vocábulo polissêmico que pode designar correntes filosóficas, políticas e econômicas bastante diversas. Neste trabalho, a ideia é utilizada em seu sentido mais comum, qual seja, o de um contraponto ao *conservadorismo*. Enquanto o conservadorismo é, em geral, refratário ao novo e à expansão de direitos, o progressismo, ao contrário, busca justamente promover transformações e ampliar direitos. Além disso, o progressismo tem como característica uma certa primazia do ser humano e da ciência sobre entidades metafísicas e concepções religiosas, as quais ocupam um lugar mais destacado no pensamento conservador. Sobre o tema: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Ciência Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. 1. ed. p. 242-246 e 1009-1015.

³ Os exemplos mais relevantes são o art. 3º, IV, e o art. 5º, XLI.

Tribunal Federal no ponto em que reconheceu a omissão legislativa em criminalizar a homofobia e a transfobia.

A decisão torna-se problemática, no entanto, na medida em que, diante da omissão do legislador, avança para acabar criando, por ordem judicial, um tipo penal que não tem base legal clara.

Nesse quadro, a partir de uma abordagem exploratória, orientada por um referencial progressista (isto é, comprometido com a expansão dos direitos humanos), o presente artigo tem o objetivo geral de realizar um exame crítico da decisão. Seus objetivos específicos, por sua vez, são: (i) expor alguns elementos que compõem o debate sobre aquilo que se convencionou chamar de *ativismo judicial*; (ii) delinear parâmetros para esse ativismo e, por fim, (iii) submeter a decisão da Suprema Corte a um escrutínio orientado por tais parâmetros.

1 O DEBATE SOBRE ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO

Nos arranjos institucionais atualmente hegemônicos pelo mundo, é função do Poder Judiciário, composto por membros não eleitos, o controle de constitucionalidade de atos normativos emanados de poderes escolhidos pelo voto popular. No Brasil, desde 1926, o Supremo Tribunal Federal admite a invalidação judicial mesmo de emendas constitucionais, normas decorrentes de deliberação supermajoritária.⁴ A possibilidade também é acatada no Direito Comparado, notadamente na Alemanha e nos Estados Unidos da América, embora as Cortes desses países venham exercendo tal prerrogativa com bastante autocontenção. No sistema brasileiro atual, que combina controles concentrado e difuso de constitucionalidade, qualquer magistrado pode invalidar uma emenda, com lastro em normas constitucionais de baixa densidade semântica e sobre as quais pairam controvérsias morais razoáveis. Nosso modelo contém, também, instrumentos de fiscalização judicial de omissões do legislador, ao qual pode ser imposta ordem judicial no sentido de que atue para concretizar determinados mandamentos

⁴ Por meio de *habeas corpus*, que, à época, em razão da chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*, tinha espectro maior do que o atual, questionava-se a regularidade formal da única emenda à então vigente Constituição de 1891. A emenda fora aprovada por dois terços dos presentes, e não do total dos parlamentares. Embora tenha reconhecido sua validade, o Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo, admitiu a possibilidade de apreciação judicial da constitucionalidade de emendas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 18.178**. Relator: Ministro Hermenegildo Barros. Rio de Janeiro, 01/10/1926.

constitucionais. Mais do que isso, em alguns casos, o Poder Judiciário tem, ele mesmo, colmatado a omissão legislativa identificada, criando normas gerais.⁵

À natural preocupação que esse poder conferido ao Judiciário desperta soma-se o risco de arbítrio e decisionismo, amplificado pelo uso de técnicas de decisão e de interpretação muitas vezes carentes de rigor metodológico e da possibilidade de escrutínio democrático. Tal problema é acentuado por certas peculiaridades das normas constitucionais. Por sua condição de estatuto do político, uma constituição é composta por grande número de termos emprestados do vocabulário político, os quais são objeto de acirradas disputas morais, filosóficas e ideológicas. Costuma ser maior, ainda, o uso de normas altamente abstratas, de baixa densidade semântica e veiculadas na forma de princípios, e não de regras. Essa “textura aberta” das normas, segundo a célebre expressão de Herbert Hart, ao ampliar a “zona de penumbra” da atividade hermenêutica, também torna a interpretação mais vulnerável à discricionariedade. Esse quadro torna-se ainda mais complexo em constituições compromissárias - como é o caso da brasileira, fruto de um “pacto maximizador” de forças políticas de diversas orientações ideológicas - repletas de antinomias.⁶

Em obra seminal, Alexander Bickel associou essa problemática ao que chamou de “dificuldade contramajoritária”. O controle de constitucionalidade, segundo ele, é “uma força contramajoritária no nosso sistema”, “uma instituição desviante na democracia americana”.⁷ Como observam Sarmiento e Souza Neto, a dificuldade contramajoritária, portanto, “não reside tanto no fato de as constituições subtraírem do legislador futuro a possibilidade de tomar decisões importantes”, mas no “reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação”, o que acaba conferindo aos juízes, não eleitos, uma espécie de “poder constituinte permanente”.⁸

Um crítico importante desse modelo é Jeremy Waldron, segundo o qual o modelo hegemônico de *judicial review* pode redundar numa “aristocracia judicial”.⁹ De acordo com Waldron, o modelo “não fornece, como frequentemente se alega, uma maneira pela qual uma

⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 133-134 e 141; WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 264.

⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 193-197.

⁷ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962. P. 16-18.

⁸ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 32.

⁹ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 264.

sociedade possa claramente focar as questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos; pelo contrário, ele os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação”. Além disso, “ao privilegiar a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direitos”.¹⁰

O acolhimento sem ressalvas dessas objeções implicaria a rejeição de qualquer modelo de controle judicial de constitucionalidade, o que é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Paradoxalmente, portanto, a procedência das críticas somente seria possível por meio de uma postura de ativismo extremo que reconhecesse como inconstitucional o próprio instituto do controle de constitucionalidade. Não é difícil identificar um problema lógico insanável nisso.

No Brasil, além disso, é inegável que temos uma Constituição ambiciosa, muito associada ao que veio a ser conhecido como *neoconstitucionalismo*, movimento plural que envolve diversos fenômenos entre si relacionados, tais como uma força normativa maior da Constituição, sua onipresença nas relações jurídicas e um incremento das atribuições do Poder Judiciário. O neoconstitucionalismo tem, portanto, um acentuado “caráter judicialista”.¹¹ Espera-se que o Poder Judiciário já não seja a mera “boca da lei”, mas sim um agente engajado na realização do projeto constitucional, o que pode exigir alguma atividade criativa.

Por outro lado, não podemos desconsiderar as dificuldades que esse novo arranjo envolve. Nessa medida, com o fim de evitar riscos de arbítrio, de decisionismo e de que a democracia constitucional se torne uma “aristocracia judicial”, é imperativa a adoção de certos parâmetros e limites para aquilo que se convencionou chamar de ativismo judicial. Sem isso, a jurisdição ficaria situada numa esfera de discricionariedade incompatível com a ideia de governo das leis.¹²

Vilhena Vieira anota que, basicamente, duas podem ser as posturas institucionais do Poder Judiciário na determinação do conteúdo das normas constitucionais: deferência e responsividade. A cada uma dessas posturas corresponde uma forma de comportamento degenerado: omissão e usurpação.

¹⁰ WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 98.

¹¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 12 e 131-132.

¹² VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 140.

A deferência consiste numa postura de alto grau de respeito às decisões tomadas pelo Legislativo e pelo constituinte derivado no desempenho de suas funções. Trata-se de uma postura institucional fundada em posições, como a de Waldron, que prestigiam a democracia majoritária e a separação de poderes. Num sistema jurídico dotado de constituição rígida e de controle judicial de constitucionalidade, como é o caso do brasileiro, não se pode falar em deferência em sentido absoluto. Nessa hipótese, haveria omissão, e não deferência.¹³

A propósito, há casos em que, paradoxalmente, o excesso de deferência, isto é, a omissão, pode se convolar em ativismo contra a Constituição. É o que ocorreu, por exemplo, como bem lembrado por Brandão, em *American Communications Association v. Douds*. Nesse caso, a Suprema Corte norte-americana considerou constitucionais normas que impunham a integrantes de sindicatos o dever de declararem ser ou não membros ou simpatizantes do Partido do Comunista. Por deferência ao Legislativo, portanto, chancelou normas flagrantemente ofensivas a direitos fundamentais¹⁴.

Por sua vez, a responsividade está associada à ideia de que o Judiciário, com fundamento no desenho institucional feito pelo próprio constituinte, deve se envolver ativamente para a maior efetivação possível da Constituição e, em especial, dos direitos fundamentais. Observe-se que responsividade não se confunde com usurpação, postura degenerada em que o Judiciário, sem base jurídica, avança sobre atribuições de outros poderes.¹⁵

Tanto a deferência quanto a responsividade são posturas judiciais legítimas, e uma ou outra não está necessariamente atrelada a uma corrente política específica. Sarmento e Souza Neto bem salientam que a proveniência ideológica das críticas ao ativismo judicial costuma oscilar de acordo com as inclinações dos tribunais, o que é facilmente perceptível na história dos Estados Unidos. No início do século passado, quando a Suprema Corte adotava posições conservadoras, refratárias à intervenção do Estado no domínio econômico¹⁶, a crítica ao ativismo judicial partia da esquerda. Quando, porém, na segunda metade do século, o ativismo da Corte

¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 174-175.

¹⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 260-263; DUDZIAK, Mary L. *American Communications Association v. Douds*. In: HALL, Kermit L. *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 11.

¹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 175-176.

¹⁶ Como já se viu, o julgado paradigmático desse período foi *Lochner v. New York*, de 1905, cuja história pode ser encontrada em: KENS, Paul. *Lochner vs. New York*. In: HALL, Kermit L; ELY JR., James W. *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 189-192.

voltou-se para a defesa de grupos vulneráveis¹⁷, a crítica ganhou adeptos na direita, notadamente entre os chamados originalistas, como Robert Bork e Antonin Scalia. Finalmente, quando, mais recentemente, o tribunal voltou a esboçar posições conservadoras, a crítica ao ativismo passou a ser novamente protagonizada por juristas de orientação progressista, como Larry Kramer e Mark Tushnet.¹⁸ Essa breve retrospectiva não visa lançar dúvidas sobre a honestidade intelectual desses críticos. Busca-se apenas demonstrar que a opção por uma postura mais ou menos ativista é questão complexa que não se resolve facilmente por meio de categorias políticas tradicionais e que pode estar sujeita a conveniências conjunturais.

Em suma, a escolha por uma postura de mais responsividade ou deferência deve decorrer, fundamentalmente, do desenho institucional feito pela soberania popular. No Brasil, assim como no mundo pós-guerra em geral, esse desenho fortaleceu o Poder Judiciário e atribuiu-lhe funções contramajoritárias e de proteção de direitos fundamentais, as quais devem ser exercidas, de todo modo, com deferência às atribuições de outros poderes e à ideia de governo da maioria.

Nesse quadro, a proposta é que o ativismo, inevitável e reclamado pela própria Constituição em nosso ordenamento jurídico, seja exercido observando vários parâmetros limitadores. A seguir, sem a ambição de esgotar o tema ou de apresentar um rol taxativo, são esboçados alguns desses parâmetros.

2 ALGUNS PARÂMETROS PARA O ATIVISMO JUDICIAL

O primeiro parâmetro dialoga com o pensamento de Rawls: o Poder Judiciário deve atuar em uma área de *neutralidade política*¹⁹, isto é, conduzido pela ideia de *razão pública*. A atividade jurisdicional, em especial quando invalida decisões majoritárias e supermajoritárias, não pode se fundamentar na moralidade particular ou em convicções religiosas. Ao decidirem, magistrados devem “apelar para os valores políticos que julgam fazer parte do entendimento

¹⁷ O marco da guinada da Suprema Corte foi o notável caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, cuja descrição pode ser vista em: HUTCHINSON, Dennis J. *Brown v. Board of Education*. In: In: HALL, Kermit L; ELY JR., James W. *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 38-41.

¹⁸ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 33-34.

¹⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 212.

mais razoável da concepção pública”. Trata-se de “valores nos quais acreditam de boa-fé” e “que se pode esperar que todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem”.²⁰

O segundo parâmetro impõe aos magistrados que atuem com extremo *rigor metodológico*. Ao tempo em que conferiu ao Poder Judiciário novas e relevantes funções e assumiu uma predileção cada vez maior por normas abertas veiculadas na forma de princípios, em vez de regras, o neoconstitucionalismo reclama que os juízes fundamentem de modo muito consistente suas decisões. Uma infinidade de teorias argumentativas tem circulado com esse propósito. Tem se assistido, também, a um desenvolvimento intenso da ponderação e do postulado da proporcionalidade, os quais podem ser de grande valor na resolução de casos difíceis do Direito, em especial daqueles que envolvem direitos fundamentais. O fato, porém, é que não se pode exigir da argumentação judicial a adesão a uma dessas teorias ou instrumentos em específico. Não existe teoria ou instrumento universalmente correto. Por outro lado, é preciso, sim, impor que a argumentação se desenvolva de forma racional, lógica e coerente, de modo que seja intersubjetivamente controlável. Aqui, é saudável que o neoconstitucionalismo, sem abdicar dos seus propósitos emancipatórios, se abra a críticas que vêm sendo lançadas contra a “carnavalização da Constituição”²¹ e a “anarquia metodológica”²² que ele pode estimular. Nesse sentido, vale destacar a contribuição de Humberto Ávila, o qual aponta que determinadas mudanças preconizadas pelo neoconstitucionalismo - como a prevalência dos princípios sobre as regras, a prioridade da ponderação sobre a subsunção e a primazia do Judiciário sobre os demais poderes - não encontram suporte no Direito positivo. Assim, o neoconstitucionalismo esbarraria numa contradição invencível, que consiste em defender a supremacia da Constituição violando-a.²³ O movimento neoconstitucionalista, como já se anotou, é plural e não necessariamente tem os traços criticados por Ávila. Sua provocação, de qualquer modo, é bem vinda em tempos de certa euforia judicialista e principiológica.

O terceiro parâmetro regulador do ativismo diz respeito à necessidade de o Poder Judiciário considerar as *capacidades institucionais* do agente que editou o ato impugnado. As capacidades institucionais consistem nas “habilidades e limitações de cada instituição para o

²⁰ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 287.

²¹ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 198-204.

²² SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 206.

²³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

exercício de suas funções em um cenário específico”.²⁴ A operacionalização desse parâmetro não é simples. Além disso, por conta da regra da inafastabilidade da jurisdição, prevista expressamente no art. 5º, XXXV, da Constituição, o Poder Judiciário não pode simplesmente deixar de examinar uma questão sob o fundamento de que carece de *expertise* para tanto. O parâmetro recomenda, de todo modo, que o Poder Judiciário selecione métodos de decisão e calibre seu ativismo levando em conta a natureza da matéria apreciada e a competência técnica dos agentes envolvidos. Principalmente em controvérsias cuja resolução depende de conhecimento científico e de outros campos do saber, bem como em temas em que medidas judiciais têm aptidão de produzir impactos sociais e econômicos de grande escala, convém que juízes adotem uma postura de especial deferência a outras instituições melhor talhadas para a tomada dessas decisões.²⁵ O Supremo Tribunal Federal tem se valido, explicita ou implicitamente, desse parâmetro em alguns de seus julgados. Pertence, por exemplo, já chegou a assinalar que, “quando a Constituição cria uma instituição e lhe atribui determinado poder ou função política, a presunção é que o faça em caráter privativo, de modo a excluir a ingerência na matéria de outros órgãos do Estado”.²⁶ Fux, por sua vez, mencionou a noção de capacidades institucionais para afastar a possibilidade de o Poder Judiciário obrigar o Presidente da República a entregar cidadão extraditado a Estado estrangeiro: “O Poder Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, *in casu*, a noção de capacidades institucionais”.²⁷

Um quarto parâmetro estabelece que a intensidade do ativismo deve corresponder à *carga axiológica* do direito cuja tutela é buscada em juízo. Assim, admite-se uma atuação mais forte do Judiciário quando, por exemplo, se busca proteger direitos e institutos relacionados ao funcionamento da democracia, como os direitos políticos e a liberdade de expressão. Nessa hipótese, o ativismo opera a favor, e não contra, a própria democracia. O mesmo pode ser dito no que toca à proteção de direitos de grupos vulneráveis, como indígenas, negros e homossexuais, muitas vezes aliçados do processo político majoritário. É no Judiciário, em razão

²⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo.** Direito, Estado e Sociedade, n. 38, 2011. p. 40.

²⁵ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 432-435.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 135.238. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, 20/04/2001.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 1.085. Requerente: República Italiana. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 16/12/2009.

da sua feição contramajoritária, que esses grupos podem encontrar amparo contra abusos praticados por maiorias, o que reclama um ativismo mais vigoroso. Por fim, outros direitos fundamentais não relacionados diretamente à proteção da democracia ou de minorias podem demandar uma postura ativista.²⁸ Aqui se ingressa numa certa zona de penumbra, uma vez que não é possível extrair claramente do Direito positivo quais direitos fundamentais são mais relevantes. Nessa medida, uma diretriz interessante pode ser a noção rawlsiana de “elementos constitucionais essenciais”, os quais englobam os direitos associados à seguinte máxima: “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais amplo sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema de liberdades para todos”.²⁹ Observe-se que, segundo os escritos mais recentes de Rawls, “um mínimo social que satisfaça as necessidades básicas de todos os cidadãos”³⁰ está também albergado pelo conceito de “elemento constitucional essencial”.

Finalmente, um quinto parâmetro para o ativismo reside na ideia de que os direitos fundamentais têm um *núcleo essencial* imune a intervenções. Novamente, a operacionalização do parâmetro pode não ser fácil, na medida em que nem sempre é simples saber a partir de que ponto uma restrição invade o núcleo inexpugnável do direito. Há sérias controvérsias doutrinárias nesse particular.³¹ De qualquer forma, o primordial, neste momento, é a premissa de que, embora restrições a direitos fundamentais sejam inevitáveis, em especial quando eles colidem entre si, as soluções buscadas devem preservar os núcleos dos direitos envolvidos. Não se pode, a pretexto de promover um determinado direito fundamental, amesquinhar outro direito fundamental a ponto de aniquilá-lo.

3 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO

Em 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, até que sobrevenha lei destinada a implementar os mandados de criminalização definidos no art. 5º, XLI e XLII, da Constituição Federal, condutas homofóbicas e transfóbicas, “por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante

²⁸ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 461-462.

²⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 376.

³⁰ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 279.

³¹ BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 275-284.

adequação típica”, aos tipos penais previstos na Lei 7.716/1989, a qual, no ordenamento brasileiro, “define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”.³²

O Supremo Tribunal Federal, portanto, não apenas declarou a mora do Congresso Nacional em legislar para criminalizar atos homofóbicos e transfóbicos, mas também colmatou, ele mesmo, a omissão legislativa, autorizando a incidência, nesses casos, de tipos penais já existentes na legislação.

Uma das premissas invocadas com centralidade na decisão foi o entendimento firmado pela corte no assim denominado *caso Ellwanger*, no qual se assentou que não existe um conceito biológico de raça. Naquela ocasião, anotou o tribunal: “com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais”. Assim, “a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista”.³³

Nessa linha, segundo Celso de Mello, relator da ação direta em que discutida a criminalização da homofobia e da transfobia, não se limitando o racismo “a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica”, deve ele abranger “as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero”.

De acordo com o relator, portanto, a criminalização da homofobia e da transfobia não envolve operação analógica, absolutamente vedada *in malam partem* em matéria penal. Tampouco se cuida, segundo ele, de “formulação de tipos criminais” ou “cominação de sanções penais”, o que implicaria “clara transgressão ao postulado constitucional da separação de poderes e, também, ofensa manifesta ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penal”. O entendimento adotado consistiria, pois, em mera subsunção de condutas a tipos penais já existentes na legislação.³⁴

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13/06/2019.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17/09/2003.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13/06/2019.

3.1 Virtudes

Um escrutínio dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, especialmente dos votos dos relatores Celso de Mello³⁵ e Edson Fachin³⁶, revela que ela está de acordo com três dos parâmetros limitadores do ativismo judicial acima delineados.

A decisão está em consonância com a ideia de que o Poder Judiciário deve atuar em uma área de *neutralidade política*, conduzido pela ideia de *razão pública*. Ela não buscou amparo na moralidade particular ou em convicções religiosas de grupos específicos. Sem deixar de registrar o direito à liberdade religiosa titularizado por cada cidadão, o julgado, irreprensivelmente, não se permite nortear por nenhum credo religioso específico, mas por uma concepção laica e neutra, compatível com a diretriz *rawlsiana* de que juízes devem “apelar para os valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública”.³⁷

De igual forma, a decisão está de acordo com a proposta de que a atividade jurisdicional leve em consideração as *capacidades institucionais* do agente que editou o ato impugnado ou, no caso, que se omitiu em editá-lo. Em uma polêmica que envolve a proteção de minorias estigmatizadas como os homossexuais e os transexuais, o insulamento do Poder Judiciário à política eleitoral pode operar não como defeito, mas como virtude, tornando-o melhor capacitado institucionalmente para enfrentar a discussão do que os poderes eleitos pelo voto popular.³⁸

Por razões similares, o julgado harmoniza-se, também, com a orientação de que a intensidade do ativismo deve corresponder à *carga axiológica* do direito discutido. Subjacente ao debate sobre a criminalização de atos de homofobia e de transfobia, encontra-se o direito à igualdade, na medida em que condutas igualmente reprováveis - como a discriminação por identidade de gênero e a discriminação por cor - recebem tratamento distinto no Direito positivo. A relevância axiológica do direito à igualdade e o fato de ser titularizado por grupo vulnerável que enfrenta resistência no processo político majoritário justificariam, portanto, uma postura ativista.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13/06/2019.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4.733**. Autor: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 13/06/2019.

³⁷ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 287.

³⁸ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 435.

3.2 Fragilidades

Por outro lado, a decisão descumpra dois dos parâmetros limitadores do ativismo que foram acima desenvolvidos.

A decisão não é *metodologicamente rigorosa*. Essa falta de rigor metodológico pode ser desdobrada em três faces.

Primeiro, a decisão contém uma contradição lógica. Se, como entendeu a Corte, condutas homofóbicas e transfóbicas já se encontram abrangidas por tipos penais existentes no Direito positivo, não há omissão ou mora do Congresso Nacional em legislar sobre o tema. Não há sentido em notificá-lo para criar crime sobre conduta já alcançada pela legislação penal em vigência.

Segundo, ao inserir atos de homofobia e transfobia na noção de racismo, o julgado extrapolou o significado mínimo das palavras.

É certo que, no já referido *caso Ellwanger*, o Supremo Tribunal Federal, corretamente, entendeu que não existe um conceito biológico ou fenotípico de raça e que “a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social”.³⁹

Não se desconhece, além disso, que, desde a superação do causalismo, a *teoria do crime* reconhece que, além de elementos descritivos, compreendidos por mera constatação sensorial, os tipos penais contêm elementos normativos, cujo entendimento demanda uma atividade valorativa mais sofisticada. A propósito, correntes funcionalistas argumentam que mesmo elementos presumidamente descritivos - como a elementar “ser humano”, por exemplo - são, na verdade, normativos em seus âmbitos fronteiriços - como na definição do começo da vida humana ou do momento jurídico da morte.⁴⁰ É natural, portanto, que a conceituação de *raça* e *racismo* não seja uma operação simples e mecânica, mas uma atividade complexa que envolve diversas valorações político-culturais.

Essas premissas, no entanto, não permitem concluir que os vocábulos *raça* e *racismo* não signifiquem nada ou que possam significar tudo.

No *caso Ellwanger*, discutia-se se manifestações de desprezo à comunidade judaica configuram racismo, circunstância que, conforme a Constituição, tornaria imprescritível o delito praticado pelo paciente do *habeas corpus* em julgamento. A resposta da corte, acertadamente,

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17/09/2003.

⁴⁰ GUEIROS SOUZA, Artur de Brito; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 142, 187 e 191.

foi positiva. Todavia, o Supremo Tribunal Federal não alargou o conceito de racismo a ponto de fazê-lo contemplar atos discriminatórios completamente divorciados das ideias de cor, religião, etnia ou procedência nacional. O entendimento firmado pelo tribunal naquela ocasião, portanto, não é suficiente para justificar o enquadramento de atos de homofobia e transfobia no conceito de racismo. Isso somente seria possível por meio de uma operação analógica. Nessa medida, o raciocínio empreendido pela Corte consistiu, ainda que por via oblíqua, em uma analogia, o que é absolutamente vedado *in malam partem* em matéria penal e implica transgressão à garantia constitucional da legalidade, segundo a qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Ao considerar que a homofobia e a transfobia estão contempladas pelos tipos penais de racismo já existentes no Direito positivo - o que, reitera-se, contradiz o reconhecimento da omissão do Congresso em legislar, pois, se já há lei aplicável ao caso, logicamente não é necessário criar nova legislação - o Supremo Tribunal Federal renunciou ao pesado ônus de explicar como superou a regra da legalidade. Aqui reside a terceira face da fragilidade metodológica da decisão. A legalidade, inscrita no art. 5º, XXXIX, da Constituição, encontra-se formulada como *regra*, e não como *princípio*. Embora a distinção entre essas espécies normativas possa nem sempre ser precisa, é certo que a garantia da legalidade, seguindo a classificação alexyana, não é uma norma que ordena “que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, mas uma norma que é sempre ou satisfeita ou não satisfeita.⁴¹ Na qualidade de regra, e não de princípio, portanto, a garantia da legalidade não está sujeita à ponderação. Excepcionalmente, uma regra, mesmo que incida sobre uma situação, pode não ser aplicável, com base num juízo amparado pelo postulado da *razoabilidade*, desde que o afastamento da regra não comprometa o próprio sistema de regras.⁴² A questão, no entanto, não foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Alguns ministros invocaram a *proporcionalidade*, a qual, de fato, além de uma função de proibição de excesso, tem uma face de proibição de proteção insuficiente que obriga o Estado a tutelar, inclusive por meio do Direito Penal, determinados bens jurídicos. O ministro Fachin registrou: “Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)”. Em seguida, concluiu: “Os mandados

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

⁴² ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. p. 13.

constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente”.⁴³

A invocação da proporcionalidade, realmente, pode ser pertinente para impor que o Congresso Nacional legisle e crie tipos penais, cuja inexistência vulnera o direito à igualdade e gera uma situação de proteção insuficiente da dignidade das vítimas de homofobia e transfobia. A proporcionalidade, entretanto, não é um instrumento metodológico apropriado para solucionar o conflito entre essa *necessidade de proteção penal* (associada a princípios) e a *garantia da legalidade* (regra), a qual foi superada sem se admitir explicitamente que tenha sido.

Por fim, o segundo parâmetro limitador do ativismo que acabou transgredido pela decisão consiste na preservação do *núcleo essencial* dos direitos envolvidos.

Na medida em que tem a aptidão de privar a liberdade dos indivíduos, podendo ser qualificado, portanto, como o mais violento instrumento de exercício do poder do Estado, o Direito Penal deve estar firmemente atado a um “esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”.⁴⁴ Nesse esquema, ocupa um lugar central a *garantia da legalidade*, sintetizada na máxima latina *nullum crimen nulla poena sine lege*.

A legalidade é hoje garantia disseminada nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo. No Brasil, foi prevista em todas as Constituições e Códigos Penais. Seu enunciado, idêntico na Constituição e no Código, é autoexplicativo: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trata-se, como se vê, de “imperativo que não admite desvios nem exceções”⁴⁵.

Em outro momento, já se afirmou que nem sempre é simples saber a partir de que ponto uma restrição invade o núcleo essencial de um direito. Há fundadas controvérsias doutrinárias sobre o tema. Teorias absolutas sustentam que o núcleo inexpugnável de um direito fundamental pode ser definido prévia e independentemente de qualquer ponderação. Teorias relativas, por sua vez, compreendem que a identificação desse núcleo somente é possível por meio de uma

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4.733**. Autor: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 13/06/2019.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2008. 13. ed. p. 11.

colisão concreta e da consideração de diversas variáveis. Seja qual for a posição adotada, o certo é que ambas convergem para a proteção da “parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia”.⁴⁶ No caso da garantia da legalidade, a sua relativização, em qualquer caso e mesmo que orientada pelo propósito de promover outros direitos fundamentais de elevada carga axiológica, importa, por si só, destruição de sua mínima eficácia e de sua função sistemática de prover o Direito Penal de certeza e previsibilidade, o que integra o âmago da garantia.

Em suma, no caso, a decisão do Supremo Tribunal Federal aproxima-se de posição que Maria Lucia Karam, em texto de grande impacto publicado nos anos 1990, definiu como *esquerda punitiva*. Trata-se de um ideário que, ao se distanciar das críticas progressistas que “vieram a desvendar o papel do sistema penal como um instrumento poderoso de manutenção e reprodução da dominação e da exclusão” e ao perceber “apenas superficialmente a concentração da atuação do sistema penal sobre os membros das classes subalternizadas, a deixar inatingidas condutas das classes dominantes”, não compreende as razões reais dessa atuação desigual, pretendendo que os mesmos mecanismos repressores sejam dirigidos ao “enfrentamento da criminalidade dourada”. Ocorre que, como assinala a mesma autora, a desigualdade, que proporciona a réus que compõem grupos dominantes melhor utilização de mecanismos de defesa, não se resolve com a retirada de direitos e garantias, cuja vulneração repercute de maneira muito mais intensa sobre as classes subalternizadas. Dito de outro modo, é um erro pretender “a utilização de um mecanismo provocador de um problema como solução para este mesmo problema”.⁴⁷

Duas décadas e meia após a publicação de seu texto original, Karam, renovando e refinando sua crítica, aponta justamente a criminalização da homofobia como um exemplo de equívoco perpetrado pela chamada *esquerda punitiva*. Recorda ela que a Lei 7.716/1989, em sua primeira redação, criminalizava apenas preconceito relacionado a raça ou cor. Posteriormente, reformas legislativas ampliaram sua abrangência de modo a contemplar preconceito fundado em etnia, religião ou procedência nacional, mas não preconceito relativo a gênero ou sexualidade. É inegável, portanto, o emprego de analogia, fraturando a legalidade.⁴⁸

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 8. ed. p. 406-407.

⁴⁷ KARAM, Maria Lucia. *A esquerda punitiva*. Discursos Sediciosos, n. 1, Rio de Janeiro, Reluma Dumará, p. 79-92, 1996. p. 79-81 e 85.

⁴⁸ KARAM, Maria Lucia. *A esquerda punitiva: 25 anos depois*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 32-34 e 36.

É oportuno também lembrar que, embora o Direito Penal seja geralmente pensado em termos restritos ao sistema penal formal, ele na verdade é muito mais abrangente. Como anota Zaffaroni, “o principal e mais importante exercício de poder do sistema penal se realiza dentro de um modelo de arbitrariedade concedida pela própria lei”. O sistema penal formal, portanto, é uma ínfima parte do direito penal. Apesar disso, quando atuam nessa esfera formal, defensores de direitos humanos “acabam considerando verdadeiros os pressupostos do discurso jurídico-penal que devem esgrimir e, com isso, admitem, quase sem percebê-lo, a racionalização justificadora de todo o exercício de poder do sistema penal”. Diante de “necessidades mais urgentes”, prefere-se ignorar a crítica ao sistema penal, “colocá-la entre parênteses, deixá-la em suspenso, atribuí-la a circunstâncias conjunturais”.⁴⁹ Daí deriva a adesão a expedientes utilitários - como a relativização de garantias em nome da promoção de alguma pauta específica circunstancialmente considerada mais relevante. Não se percebe que os efeitos positivos desse tipo de prática se restringem a uma diminuta parcela do sistema penal e têm como contrapartida efeitos regressivos mais amplos que acabam legitimando uma versão corrompida do direito penal.

Finalmente, não podemos deixar de registrar, novamente com Zaffaroni, que a função do direito penal “deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis”. Na medida em que o direito penal deixa de cumprir essa função, “abre espaço para o avanço do poder punitivos sobre todos os cidadãos”.⁵⁰ É um erro, pois, supor que a relativização de uma garantia em nome da promoção de uma pauta progressista não vá produzir efeitos regressivos. Nesse sentido, a mesmíssima lógica que a decisão inaugurou no Direito brasileiro ao amesquinhar a garantia da legalidade, hoje para criminalizar atos de homofobia e transfobia como racismo, pode amanhã ser utilizada para, por exemplo, enquadrar a atuação de movimentos sociais no tipo penal de terrorismo.

CONCLUSÃO

A título de fechamento, convém expor, de modo esquemático, algumas sínteses conclusivas:

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 25 e 29-30.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 172.

1. A escolha por uma postura de mais ou menos ativismo judicial deve decorrer, fundamentalmente, do desenho institucional feito pela soberania popular. No Brasil, assim como no mundo pós-guerra em geral, esse desenho fortaleceu o Poder Judiciário e atribuiu-lhe funções contramajoritárias e de proteção de direitos fundamentais, as quais, no entanto, devem ser exercidas sem usurpar funções de outros poderes e em consonância com valores democráticos e com a ideia de governo da maioria.

2. Esse quadro impõe que o ativismo, inevitável e reclamado pela própria Constituição, seja exercido observando vários parâmetros limitadores. Sem pretensão exauriente, é possível afirmar que o Poder Judiciário, ao calibrar seu ativismo, deve: atuar em uma área de *neutralidade política*, conduzido pela ideia de *razão pública*; atuar com extremo *rigor metodológico*; considerar as *capacidades institucionais* do agente que editou o ato impugnado ou se omitiu em editá-lo; observar a *carga axiológica* do direito cuja tutela é buscada em juízo e preservar o *núcleo essencial* dos direitos fundamentais envolvidos na discussão.

3. Na decisão em que definiu que, até que sobrevenha legislação específica sobre o tema, se apliquem a condutas homofóbicas e transfóbicas os tipos penais previstos na Lei 7.716/1989, o Supremo Tribunal Federal observou três desses parâmetros: *neutralidade política* e *razão pública*, *capacidades institucionais* e *carga axiológica* do direito tutelado.

4. No entanto, dois parâmetros foram transgredidos: *rigor metodológico* e preservação do *núcleo essencial* dos direitos fundamentais.

5. A falta de *rigor metodológico* pode ser desdobrada em três faces. Primeiro, a decisão contém uma contradição lógica, uma vez que, se condutas homofóbicas e transfóbicas já se encontram abrangidas por tipos penais existentes no Direito positivo, não há omissão ou mora do Congresso Nacional em legislar sobre o tema. Segundo, ao inserir atos de homofobia e transfobia na noção de racismo, o julgador extrapolou o significado mínimo das palavras e realizou, ainda que por via oblíqua, uma operação analógica, absolutamente vedada *in malam partem* em matéria penal. Terceiro, ao negar que tenha praticado uma operação analógica, o Supremo Tribunal Federal não enfrentou o pesado ônus de explicar como superou a *garantia da legalidade*, que, enquanto regra, e não princípio, apenas pode ser excepcionalmente superada por meio de um juízo de razoabilidade. A proporcionalidade, invocada em alguns votos, não é um instrumento metodológico apropriado para isso.

6. A decisão implicou violação ao *núcleo essencial* da garantia da legalidade na medida em que sua relativização, em qualquer caso e mesmo que orientada pelo propósito de promover outros direitos fundamentais de elevada carga axiológica, importa, por si só, destruição de sua

mínima eficácia e de sua função sistemática de prover o Direito Penal de certeza e previsibilidade.

7. A decisão do Supremo Tribunal Federal aproxima-se de posição conhecida como *esquerda punitiva*, a qual, ao pretender que os mecanismos repressores do Direito Penal sejam democratizados e dirigidos ao “enfrentamento da criminalidade dourada”, aceita a supressão de direitos e garantias, sem perceber que isso repercute de maneira muito mais intensa sobre as “classes subalternizadas”. É um erro dos setores progressistas pretender a utilização de um mecanismo provocador de um problema como solução para o mesmo problema. No entanto, foi o que ocorreu na decisão do Supremo Tribunal Federal. A mesma lógica que a decisão inaugurou no Direito brasileiro ao amesquinhar a garantia da legalidade, hoje para criminalizar atos de homofobia e transfobia como racismo, pode amanhã ser utilizada para, por exemplo, enquadrar a atuação de movimentos sociais no tipo penal de terrorismo.

Por último, é oportuno registrar que o voto do ministro Fachin bem consignou que, desde o julgamento dos mandados de injunção referentes ao exercício do direito de greve por servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal superou sua antiga jurisprudência para reconhecer a possibilidade de atuar colmatando diretamente omissões legislativas. No entanto, também registrou que essa “atuação dá-se em caso de permanência da mora, quando o risco de omissão puder se transmutar em omissão jurisdicional”.⁵¹

Nessa medida, poderia o Supremo Tribunal Federal ter se limitado, por ora, a reconhecer a omissão legislativa em criminalizar a homofobia e a transfobia, notificando o Congresso. Em caso de permanência da mora, seria possível, então, com rigor metodológico e às claras, cogitar a drástica e excepcional medida de superação da garantia da legalidade, com base num juízo de razoabilidade.

Não se questiona que a homofobia e a transfobia são condutas repugnantes e que ofende um senso mínimo de justiça o tratamento jurídico desigual que a legislação penal estabelece entre elas e outras práticas discriminatórias.

No entanto, é um equívoco a estratégia de buscar a promoção da igualdade por meio do rebaixamento de direitos e garantias, o que tem potencial de impactar muito mais os setores subalternizados, e não privilegiados, da sociedade.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 4.733. Autor: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 13/06/2019.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, embora com o propósito de promover a proteção de um grupo vulnerável, criou as condições para ataques, na esfera penal, contra outros grupos igualmente vulneráveis.

A situação evoca a conhecida história de Pirro, general que, segundo conta Plutarco, após vencer uma batalha que impôs grandes danos ao seu exército, constatou que mais uma vitória como aquela o arruinaria completamente.⁵² A impressão que se tem é que os possíveis danos provocados pela decisão do Supremo Tribunal Federal superam os benefícios da vitória imediata que ela representou. Foi, podemos dizer, uma vitória pírrica da esquerda punitiva.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo.** Direito, Estado e Sociedade, n. 38, 2011.

ÁVILA, Humberto. **“Neoconstitucionalismo”:** entre a **“Ciência do Direito”** e o **“Direito da Ciência”**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics.** Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2008. 13. ed.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Ciência Política.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. 1. ed.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26.** Autor: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13/06/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1.085.** Requerente: República Italiana. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 16/12/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 18.178.** Relator: Ministro Hermenegildo Barros. Rio de Janeiro, 01/10/1926.

⁵² PLUTARCO. **Vidas paralelas: tomo III.** Editora Ebooket. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000478.pdf>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17/09/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4.733**. Autor: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 13/06/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 135.238**. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, 20/04/2001.

DUDZIAK, Mary L. **American Communications Association v. Douds**. In: HALL, Kermit L. **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**. New York: Oxford University Press, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUEIROS SOUZA, Artur de Brito; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

HUTCHINSON, Dennis J. **Brown v. Board of Education**. In: In: HALL, Kermit L; ELY JR., James W. **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**. New York: Oxford University Press, 2009. p. 38-41.

KARAM, Maria Lucia. **A esquerda punitiva**. Discursos Sediciosos, n. 1, Rio de Janeiro, Reluma Dumará, p. 79-92, 1996.

KARAM, Maria Lucia. **A esquerda punitiva: 25 anos depois**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 32-34 e 36.

KENS, Paul. **Lochner vs. New York**. In: HALL, Kermit L; ELY JR., James W. **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**. New York: Oxford University Press, 2009. p. 189-192.

PLUTARCO. **Vidas paralelas: tomo III**. PLUTARCO. Editora Ebooket. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000478.pdf>

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 8. ed.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda.** In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma.** São Paulo: Malheiros, 1999.

WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao *judicial review*.** In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** Oxford: Oxford University Press, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Recebido em: 01.07.2023 / Aprovado em: 22.11.2023 / Publicado em 20.12.2023

COMO FAZER REFERÊNCIA AO ARTIGO (ABNT):

KLANOVICZ, Jorge Mauricio Porto; CORDEIRO, Nefi. Criminalização judicial da homofobia: virtudes e problemas de uma decisão ativista. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 18, n. 2, e53325, 2023. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369453325>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/53325> Acesso em: dia mês. ano.

Direitos autorais 2023 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM
Editores responsáveis: Rafael Santos de Oliveira e Angela Araujo da Silveira Espindola



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

SOBRE OS AUTORES

JORGE MAURICIO PORTO KLANOVICZ

Doutorando em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período como pesquisador-visitante na Università degli Studi di Firenze. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União. Procurador da República.

NEFI CORDEIRO

Doutor e Mestre em Direito na Universidade Federal do Paraná, com concentração na área criminal. Professor universitário (graduação e pós-graduação, lato e stricto sensu). Ministro do Superior Tribunal de Justiça.