

UNIVERSIDADE SÃO JUDAS TADEU
CURSO DE DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO II

GABRIEL ROMERA FEITOSA SOARES

O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE AO DECISIONISMO JURÍDICO

SÃO PAULO
2020

O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE AO DECISIONISMO JURÍDICO

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professora Dra. Laura D. M. Mascaró.

AUTOR: Gabriel Romera Feitosa Soares
TÍTULO DA MONOGRAFIA: O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE AO DECISIONISMO JURÍDICO
Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professora Laura D. M. Mascaró

SÃO PAULO

2020

EPÍGRAFE

“A paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei”

Aristóteles

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo relacionar o ativismo judicial ao âmbito da argumentação jurídica frente as decisões judiciais e políticas. Para tanto tentamos definir um possível conceito de ativismo judicial e as suas origens na tradição de Carl Schmitt frente ao decisionismo. Para tanto, discorreu-se sobre controle de constitucionalidade e seus aspectos históricos e já no final, foi relacionado o processo judicial com os fenômenos citados.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Decisionismo; Controle de Constitucionalidade; Judicialização.

ABSTRACT

This article aims to relate judicial activism to the scope of legal arguments in the face of judicial and political decisions. To this end, we tried to define a possible concept of judicial activism and its origins in the tradition of Carl Schmitt regarding decisionism. For that, it was discussed about constitutionality control and its historical aspects and at the end, the judicial process was related to the mentioned phenomena.

Keywords: Judicial activism; Decisionism; Constitutionality Control; Judicialization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO 10	
1.1 Conceito	10
1.2 Marcos Históricos	11
1.2.1 Marbury x Madison	11
1.2.2 Hans Kelsen e o Modelo Austríaco	12
1.3 Inconstitucionalidade por Ação ou Omissão	13
1.3.1 ADO x Mandado de Injunção.....	14
2. ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE À LUZ DO DECISIONISMO JURÍDICO 16	
2.1 Ativismo Judicial: Conceito e Noções Preliminares	16
2.2 Ativismo Judicial e a Judicialização da Política	17
2.3 Ativismo Judicial e o Decisionismo Jurídico em Carl Schmitt	18
3. PROCESSO JUDICIAL NO CONTEXTO DO ATIVISMO JUDICIAL, DECISIONISMO E JUDICIALIZAÇÃO	22
3.1 A indecidibilidade interpretativa ocasionando o Decisionismo.....	22
3.2 Estudos de Caso: ADO 26 e MI 4733	23
3.3 Ativismo no Brasil: As (in) devidas relações entre direito e política	29
CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	32

INTRODUÇÃO

Uma das expressões mais correntes atualmente nas diversas áreas do saber jurídico, mesmo sem contar com definição precisa e origem exata, é o chamado "ativismo judicial". O sentido pejorativo é empregado em determinados momentos, enquanto, em outros, um juiz "ativista" termina representando a personificação daquele juiz Hércules do qual fala Dworkin. Embora a atenção da doutrina brasileira à expressão em tela possa ser considerada recente - os primeiros textos são posteriores à Constituição de 1988.

Os riscos da politização da justiça, sobretudo da justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados. A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa jurídica.

A primeira aproximação teórica que se poderia fazer seria comparar o ativismo judicial com a criação judicial do Direito. Todavia, a compreensão acerca do poder criador (normativo) do juiz, atuando como instrumento em condições de atribuir dinâmica a um direito estático produzido pelo legislador, não apresenta grandes dificuldades quando comparado à vasta gama de complicações postas pelo ativismo judicial. Tais complicações vão muito além da Teoria do Direito e da Hermenêutica Jurídica - âmbitos teóricos em condições de enfrentar plenamente o tema da criação judicial do Direito: atingem a Política e a sua capacidade de legitimamente atender aos clamores populares na busca do bem comum. O ativismo judicial representa, em última instância, a deslegitimação da Política em relação à sua tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade no cotidiano dessa mesma sociedade. Corrupção, política como sinônimo de defesa de interesses meramente partidários, bem como burocratização estatal, são três componentes sociológicos que corroboram para fortalecer o mito do juiz Hércules no subconsciente coletivo e culminar no crescente judicialização das relações sociais.

Diante disso, neste trabalho buscaremos, primeiramente dissertar sobre o controle de constitucionalidade e os marcos históricos, relacionar o decisionismo de Carl Schmitt com o ativismo judicial e a judicialização, encontrar as origens do fenômeno em questão, de modo que possamos então determinar como ele trouxe

para o Direito uma espécie de racionalidade que é própria da Política. Por fim, falaremos sobre o processo judicial frente a judicialização como causa do ativismo judicial e o ADO26 e o MI 4733.

1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Conceito

Para se conceituar o “Controle de Constitucionalidade” é necessário entender que o instituto do controle de constitucionalidade remete-se à supremacia da Constituição, concebida como topo da ordem jurídica e critério de validade com o qual todas as demais normas devem estar de acordo.¹

A todos os Poderes do Estado fica incumbido o dever de prevenir ou reprimir o ingresso do enunciado jurídico eivado de nulidade na respectiva ordem jurídica, sendo o meio adequado para tal o controle de constitucionalidade – assim havendo as espécies de controle político, judicial e misto, sendo o escopo desta dissertação apenas a segunda espécie.²

Paulo Bonavides, sobre controle de constitucionalidade, entende que:

A supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental.³

Sendo assim, o controle de constitucionalidade é o conjunto de instrumentos através do qual uma Corte ou outro órgão legitimado exerce um juízo de verificação de compatibilidade (validade) formal, material e circunstancial de determinado ato estatal em relação aos preceitos da Constituição.⁴

Sobre constitucionalidade e inconstitucionalidade, Gilmar Mendes aduz que:

Os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade não traduzem, tão-somente, a ideia de conformidade ou inconformidade com a Constituição. Assim, tomando de empréstimo a expressão de Bittar, dir-se-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção – de nulidade ou de anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional.⁵

1 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20.

2 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 228-231.

3 BONAVIDES, Paulo. Direito constitucional. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 222.

4 Idem, p. 34.

5 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1055.

Apesar de os atos dos particulares ensejarem violações à Constituição, o Poder Constituinte Originário atribuiu o controle de constitucionalidade apenas em relação aos atos do Poder Público.

1.2 Marcos Históricos

1.2.1 Marbury x Madison

No caso *William Marbury vs. James Madison (1803)*, pela voz do *Chief Justice John Marshall*, a U. S. Supreme Court criou o precedente de deixar de aplicar a lei infraconstitucional contrária à Paramount Law.

Em face do princípio vinculativo herdado do sistema britânico – *stare decisis quieta movere* –, tal precedente se tornou obrigatório não só para a própria Suprema Corte com também para os demais tribunais.

Ressalte-se: no controle incidental de constitucionalidade o reconhecimento da inconstitucionalidade implica simplesmente que a lei apontada vulneradora da Lei Maior deixa de ser aplicada no caso em julgamento, devendo o juiz ou tribunal se socorrer dos outros meios cabíveis para o julgamento da causa.⁶

No caso *Marbury vs. Madison* o reconhecimento da inconstitucionalidade verteu sobre a validade da lei federal de organização judiciária de 1789, que concedia à Suprema Corte competência que não lhe fora deferida pela Constituição.

O que deu notoriedade a tal reconhecimento foi o sistema do *stare decisis* que, de um lado, tornou obrigatório o precedente para todos os órgãos judiciais e, de outro, permitiu que a mais Alta Corte criasse o precedente de carrear para si e para os demais tribunais a atribuição de expressar o significado da Lei Maior, através do seu poder de verificar a compatibilidade das leis em face da Constituição, ou dos atos dos demais ramos do Poder (Legislativo e Executivo) em face da *Paramount Law*.⁷

Com o passar dos tempos, o poder da Suprema Corte neste aspecto chegou a tal magnitude que passou a verificar não só a compatibilidade formal da lei ou do ato em face da Constituição como, até mesmo, os aspectos materiais, chegando a deixar de aplicar a lei que se entendeu contrária, dita desarrazoada, aos princípios implícitos que se extraem do texto da Lei Maior.

6 MCBRIDE, Alex (December 2006). "The Supreme Court, The Court and Democracy, Landmark Cases, Marbury v. Madison (1803)". Thirteen/WNET New York, p. 114.

7 Idem, p. 114 e 115.

Ao apreciar a constitucionalidade de uma lei, o tribunal atua em dimensão muito além do que simplesmente expressar o significado possível da lei no sistema jurídico: expressa, na verdade, o significado da Constituição, e, mais do que simplesmente dizer que tal é o significado, acaba por instituir, como se constituinte fosse, a norma de conduta que predominará sobre todas as outras normas pelo caráter de supremacia imanente à Constituição.

Então o patamar de atuação do aplicador constitucional está muito além da técnica jurídica, pois expressa a vontade política, o modo de ser, os valores que realmente importam na sociedade, pois estes são os ilimitados horizontes do poder constituinte.

1.2.2 Hans Kelsen e o Modelo Austríaco

A constituição austríaca fixou o modelo de controle de constitucionalidade, na modalidade denominada “concentrado”, na mão de um único tribunal, o Tribunal Constitucional, a partir da influência do pensamento de Hans Kelsen, o qual afirma que:

Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. Um recurso de instância análogo ao processo judicial está incluído quando só existe um órgão legislativo central. Então, só ao próprio órgão legislativo ou a um órgão diferente dele – p. ex., ao tribunal que tem de aplicar a lei, ou tão somente a um tribunal especial – pode ser conferida competência para decidir a questão da constitucionalidade de uma lei. Se a Constituição nada preceitua sobre a questão de saber que há de fiscalizar a constitucionalidade das leis, os órgãos a quem a Constituição confere o poder para aplicar as leis, especialmente os tribunais, portanto, são por isso mesmo feitos competentes para efetuar esse controle. Visto que os tribunais são competentes para aplicar as leis, eles têm de verificar se algo cujo sentido subjetivo é o de ser uma lei também objetivamente tem esse sentido. E só terá esse sentido objetivo quando for conforme a Constituição ... A situação jurídica é essencialmente diversa quando a Constituição transfere o controle e a decisão da questão de saber se uma lei corresponde às determinações constitucionais que regulam diretamente a legislação para um órgão diferente do legislativo e confere a este órgão competência para anular uma lei que considere inconstitucional. Esta função pode ser confiada a um tribunal especial ou ao tribunal supremo, ou a todos os tribunais. Como já verificamos, ela é confiada a todos os órgãos competentes para aplicar o Direito, e especialmente aos tribunais, quando essa faculdade de controle não é expressamente excluída da sua competência. Se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a aplicar por ele a um caso concreto, em regra ele apenas tem a faculdade de, quando considerar a lei como inconstitucional, rejeitar a sua aplicação ao caso concreto, quer dizer, anular a sua validade somente em relação ao caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros casos a que se refira e deve

ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto. Se o controle de 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.⁸

A característica do sistema austríaco intitulada como principal está no controle de constitucionalidade dos atos normativos ser efetuado como motivo principal da ação. Sendo assim, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se estendem erga omnes, tendo, portanto, caráter geral. Uma vez pronunciada a inconstitucionalidade de uma norma, ela perde sua força cogente em relação a todos, como se tivesse sido revogada por outra lei que a sucede.

O modelo austríaco de controle de constitucionalidade, na esteira do pensamento de Hans Kelsen, atribui à declaração de inconstitucionalidade caráter constitutivo, produzindo efeitos *ex nunc*, para o futuro, portanto, sem eficácia retroativa.

1.3 Inconstitucionalidade por Ação ou Omissão

A por ação ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que o princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica do país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que neste é a constituição. As que não forem compatíveis com ela, serão invalidas, pois, a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.⁹

Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores com a constituição é o que, tecnicamente, se chama inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público,

8 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 288 a 290.

9 SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20ª edição, revista atualizada. Editora Malheiros: São Paulo, 2001, p. 47 e 48.

e que se manifesta por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição.

Essa incompatibilidade não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência preceito ou princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico, entendido, por isso mesmo, como reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária.¹⁰

No tocante a inconstitucionalidade por omissão, essa, se verifica 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 uma providência administrativa 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 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 que, então, o pressuposto para a propositura de uma ação de inconstitucionalidade por omissão, visando obter do legislador a elaboração da lei em causa.¹¹

1.3.1 ADO x Mandado de Injunção

No direito brasileiro, existem duas ações para sanar uma omissão legislativa: o Mandado de Injunção (MI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Diante disso, seguem as diferenças entre ambas.

A ADO está prevista na Constituição e regulada pela Lei nº 9.868/99 (art. 12-H), essa é uma ação do controle de constitucionalidade concentrado que busca defender a eficácia das normas constitucionais, para que seja cumprida a edição de lei que fora descrita na CF/88. É importante ressaltar que existe um rol taxativo de legitimados para propor tal ação, descrito no art. 103 CF/88 (e reproduzido no art. 2º da Lei nº 9.868/99), litteris:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I - o Presidente da República;

¹⁰ Idem, p. 47 e 48.

¹¹ Idem, p. 47 e 48.

- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.¹²

Com relação ao Mandado de Injunção, esse é um remédio constitucional que visa a assegurar o cumprimento de um direito fundamental individual ou coletivo e, por mais que tenha sido previsto na CF/88, somente em 2016 surgiu a Lei nº 13.300, que o regulamentou (antes disso, ele era utilizado fazendo-se analogia à Lei do Mandado de Segurança). O legitimado ativo para sua impetração é o titular do Direito Fundamental, de acordo com o art. 2º da supracitada lei. Logo não há um rol exaustivo de legitimados ativos.¹³

Em síntese, embora ambas as ações tenham um mesmo objetivo, sanar uma omissão legislativa, há diferenças cruciais entre os institutos.

12 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 15 de junho de 2020.

13 SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20ª edição, revista atualizada. Editora Malheiros: São Paulo, 2001, p. 398.

2. ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE À LUZ DO DECISIONISMO JURÍDICO

2.1 Ativismo Judicial: Conceito e Noções Preliminares

Ativismo judicial é um termo que tem sido utilizado para apreciar as instituições e agentes judiciais nas democracias contemporâneas. O termo tem distintas designações, como modelo ou programa para a decisão judicial, atitude ou comportamento dos juízes, ou ainda tendência das decisões judiciais em conjunto. Tal como o seu oposto, a contenção judicial, ele tem sido criticado por sua ambiguidade, dificuldades de utilização para analisar e classificar decisões particulares e carga valorativa. As controvérsias sobre sua utilidade foram acompanhadas de tentativas de teorização e refinamento conceitual em diversas disciplinas.¹⁴

O caráter polêmico do termo "ativismo judicial" não impediu seu uso. Pelo contrário, ele é crescentemente usado desde sua emergência nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial. Ele foi incorporado ao debate brasileiro após 1988, inicialmente como parte da problemática da "judicialização" da política e mais recentemente nas discussões jurídicas sobre o Supremo Tribunal Federal (STF). Em ambos os países, é usado em sentido crítico ou elogioso, a partir de diversos marcos intelectuais e posições políticas.¹⁵

O debate versa sobre o papel apropriado do Poder Judiciário, o modelo de decisão judicial e o comportamento dos juízes, e tem como foco o problema da autonomia de julgamento do juiz na construção do caso e a tomada de decisão. O enfoque tem implicações para a maneira como o problema é pensado e, assim, os trabalhos sobre o ativismo judicial evidenciam uma maneira de pensar o direito na contemporaneidade. A análise crítica do debate serve como ponto de partida para propor outra perspectiva de análise política das relações entre prática judicial e política na ordem constitucional brasileira pós-1988.¹⁶

A constitucionalização do direito pós-Segunda Guerra Mundial e todo o contexto político neste período provocou uma maior participação do Estado na sociedade, abrindo espaço para a jurisdição em face da inércia dos demais Poderes. É o que para Luiz Werneck Vianna é denominado "publicização" da esfera privada na medida em

14 VIANNA, Luís Werneck e outros. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 287.

15 Idem, p. 289.

16 Idem, p. 290 e 291.

que o contexto de existência de novos direitos e remodelagem do Estado, entre outros fatores, desfez o Judiciário inerte às transformações sociais.¹⁷

A judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional)¹⁸

A judicialização é uma questão social a respeito do maior número de demandas decorrente da consagração de direitos e regulamentações constitucionais, ou seja, não é uma postura positiva ou negativa sem qualquer análise sobre o fortalecimento da jurisdição. Assim, não depende do órgão judicante, como o ativismo, mas ao contrário, deriva de fatores alheios e externos à jurisdição.¹⁹

O Direito e a Política, de fato, se inter-relacionam, mas esta afirmação não significa estar-se a afirmar em ativismo judicial e, ainda, este não configura o mesmo fenômeno da judicialização da política, vez que este é um fenômeno contingencial, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais.²⁰

2.2 Ativismo Judicial e a Judicialização da Política

O termo judicialização da política pode ser conceituado como o processo no qual uma parcela do Poder Político está sendo transferida das instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário. Ou seja, significa dizer que a última palavra sobre questões econômicas, sociais, ou morais de largo alcance estão tendo a sua instância final de decisão perante o Poder Judiciário.²¹

Para Viaro:

A expressão “judicialização da política”, em acepção ampla, refere-se ao fenômeno da expansão do poder judicial no âmbito das relações políticas,

17 VIANNA, Werneck; carvalho, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; BARGOS, Marcelo B. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Reavan, 1999, p.15.

18 TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: 2013, p.32.

19 Idem, p. 33.

20 Idem, p. 36 e 37.

21 ALMEIDA, Vicente. Ativismo judicial. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19512/ativismo-judicial>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

caracterizado pelo adensamento da regulação jurídica na esfera estatal; o que permite maior interferência do Poder Judiciário na deliberação de questões do âmbito político, ou seja, que até então eram consideradas exclusiva ou precipuamente de alçada dos legisladores e gestores, e a incorporação de argumentos e critérios jurídicos, métodos e procedimentos judiciais, organização e estrutura judiciários fora do âmbito judicial, no próprio âmbito político.²²

Apesar dos conceitos judicialização da política e ativismo judicial carregarem consigo um sentido pejorativo e, de certo modo, havendo divergência de opiniões entre os doutrinadores, é notável que ambos fenômenos são ferramentas necessárias no Estado Democrático Contemporâneo. Especificamente no Brasil, onde a Constituição Federal é extremamente analítica e rígida, se faz profundamente necessária esta autonomia por parte do Poder Judiciário.

A judicialização, portanto, significa que algumas questões de grande repercussão política ou social estão sendo resolvidas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, como Congresso Nacional e Poder Executivo. Sendo assim, a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.²³

Importante destacar que na judicialização, o Poder Judiciário é devidamente provocado a se manifestar e o faz nos limites dos pedidos formulados. O tribunal não tem a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento.

A judicialização não decorreu de uma opção ideológica ou filosófica do Judiciário, pois esse decide em cumprimento, de modo estrito, ao ordenamento jurídico vigente.

2.3 Ativismo Judicial e o Decisionismo Jurídico em Carl Schmitt

Kelsen e Schmitt tinham ideias opostas em relação ao normativismo jurídico e à democracia liberal. O conceito de soberania desenvolvido por Schmitt foi para respaldar frente a Kelsen a sua teoria sobre o Decisionismo.²⁴

22 ALBERTINI, Felipe. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016

23 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 128.

24 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 312.

Carl Schmitt introduziu o decisionismo na Alemanha pós a 1ª Guerra Mundial. A República de Weimar foi instaurada em 1918 com o objetivo de superar o embate entre a social-democracia e o liberalismo. Apresentava-se como parlamentarista. Um dos eventos considerados como o fracasso de Weimar foi o Tratado de Versalhes, assinado em 1919, que estabeleceu as condições de paz pós Primeira Guerra. O Tratado confirmou a culpa da Alemanha como causadora do conflito e gerou muitas perdas, tanto territoriais quanto econômicas, e cujo cumprimento de reparações resultou em uma inflação astronômica. Apesar disso, Weimar conheceu um período dourado entre 1923 e início de 1929, quando o marco se reestabeleceu e o campo artístico nos trouxe grandes pensadores, artistas e autores como Rilke, Thomas Mann, Kafka e Brecht.²⁵

A visão de direito de Schmitt é política em oposição à visão positivista de Kelsen. Schmitt considerava a práxis jurídica mais importante do que as normas de direito. Hitler, em 1933 foi nomeado chanceler pelo presidente Hindenburg e após uma eleição do parlamento, foi outorgado com poderes extraordinários para alterar a constituição, inclusive com permissão de suspender direitos e garantias individuais. Estado de exceção. Em meio à crise político-econômica-social, do pós-guerra, Schmitt, em seu livro “O Guardião da Constituição” introduziu a função imparcial do poder “neutro”, assim como no Brasil Benjamin Constant, na Constituição Originária no Brasil, introduzia o quarto poder – o “moderador”.

Este poder neutro, que Schmitt postulava, estava cunhado no art. 48 da República de Weimar que, parafraseando Sólon, in “A Teoria da Soberania como problema da Norma Jurídica e da Decisão”, facultava ao Presidente da República de Weimar, a edição de decretos em substituição a leis, pois a República estava em Estado de exceção, devido à situação pós I GM. É uma visão clara e radical de soberania, pois sob a ótica de Schmitt, é o soberano quem decide sobre o Estado de exceção em um caso limite de emergência (como em estado de guerra). O soberano estaria fora do ordenamento jurídico e poderia suspender total ou parcialmente a constituição. Schmitt, como simpatizante do partido nazista, elaborou juntou sua

25 Idem, p. 344.

teoria com suas ligações políticas e criou um cenário propício para a legalização do absolutismo de Hitler.²⁶

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, decisionismo é:

A total perda do valor das normas jurídicas como balizadoras dos pronunciamentos judiciais. A substituição da lei (que, bem ou mal, ainda é produto do que nos resta da democracia) pelas preferências do julgador. É um efeito bumerangue: o movimento enganosamente vendido como esperança do povo no ativismo judicial acaba sempre voltando, especialmente no campo penal, como instrumento de aumento de poderes da repressão e perda de direitos.²⁷

No que concerne ao decisionismo e o judiciário, Canotilho aduz:

Independentemente do tipo de Estado; o novo constitucionalismo, para contribuir com a formação de um Estado capaz de assegurar os enquadramentos políticos e institucionais para a prossecução do desenvolvimento sustentável e equitativo, deverá somar aos princípios tradicionais do Estado: proteção de segurança e da confiança jurídicas; princípio da proporcionalidade e do acesso ao direito. Novos princípios, como: o princípio da transparência dos trabalhos das instituições, dos órgãos e dos mecanismos do estado; princípio da coerência entre as diferentes políticas e ações que um Estado promove no âmbito político, econômico, social, cultural, ambiental e internacional; princípio da abertura especialmente vocacionado para a busca de soluções múltiplas de governo; princípio da eficácia das ações políticas e finalmente, o princípio da democracia participativa. Estes novos princípios devem ser acrescentados, segundo o paradigma da geologia, formando uma nova camada no direito constitucional.²⁸

No Estado contemporâneo, as decisões judiciais não estão limitadas estritamente as barreiras do caso concreto, principalmente quando o litígio em análise possua uma abrangência de interesses maior, uma certa relevância político-temática. Nesses casos, vem ganhando força no Poder Judiciário brasileiro o comportamento de se decidir conforme resultados mais – moral e politicamente – desejáveis.

Interpretar não pode ser um ato de vontade nem um ato de poder. Como os autores pontuam, existem limites ao significado de qualquer norma e parâmetros, às

26 Idem, p. 346.

27 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 213.

28 JABORANDY, Clara Cardoso Machado. A influência da hermenêutica constitucional para formação do raciocínio do intérprete. In: FILHO, Rodolfo Pamplona; ASSIS JR., Luiz Carlos de (Coord.). Hermenêutica aplicada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 118.

vezes postos na própria norma, que devem ser observados e obedecidos, sob risco de se institucionalizar o decisionismo.²⁹

²⁹ Idem, p.119.

3. PROCESSO JUDICIAL NO CONTEXTO DO ATIVISMO JUDICIAL, DECISIONISMO E JUDICIALIZAÇÃO

3.1 A indecidibilidade interpretativa ocasionando o Decisionismo

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Importante ressaltar; a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte.³⁰

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, passar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.³¹

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental –, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.

Os riscos da politização da justiça por causa de indecidibilidades interpretativas, sobretudo da justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados. A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em

30 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 289.

31 Idem, p. 291.

poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa jurídica.³²

Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente deverá agir, dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico, sendo que posturas decisionistas devem ser toleradas com certa prudência para que não hajam futuros excessos ou concentrações de poder.

3.2 Estudos de Caso: ADO 26 e MI 4733

Em 13 de junho de 2019, o Superior Tribunal de Justiça julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26), tornando a conduta de homofobia e transfobia análogas à conduta de racismo, mais especificamente “racismo social”, nos termos da Lei 7.716/89. Os crimes especificados na Lei de Racismo são punidos quando resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O sentido da expressão “raça” foi alargado, mediante interpretação conforme a Constituição, de forma a abranger atos tidos como homofóbicos ou transfóbicos.

Sem adentrar na supressão da garantia constitucional da legalidade estrita das normas incriminadoras e no solapamento da competência do Congresso Nacional de legislar privativamente sobre Direito Penal, há dois pontos que merecem uma reflexão mais detida.

O primeiro cinge-se em estabelecer o momento em que essa nova interpretação conferida à expressão “raça”, de forma a incluir atos tidos como homofóbicos ou transfóbicos, poderá ser aplicada. O colegiado da Corte de Justiça seguiu o voto do relator, Min. Celso de Melo, para fixar, como termo inicial, a data em que se concluir o julgamento.

32 Idem, p. 292.

De acordo com a jurisprudência, entende ser desnecessário o trânsito em julgado ou até mesmo a publicação do respectivo acórdão para que se irradiem os efeitos vinculantes e erga omnes das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Em reiteradas decisões, a publicação da ata de julgamento, no seu veículo oficial, é apontada como início do marco temporal para a eficácia das referidas decisões.

No entanto, no presente caso, esta orientação não pode prevalecer. Em primeiro lugar, trata-se de decisão judicial inédita que teve o mesmo efeito de criminalizar condutas que eram atípicas, parcial ou totalmente, o que, por si, é o suficiente para o *distinguishing* e afastar a aplicação automática da jurisprudência da Corte.

RECLAMAÇÃO – ACORDO HOMOLOGADO – IMPROPRIEDADE. A reclamação não é meio próprio a fulminar acordo homologado em ação civil pública.
(STF - Rcl: 4008 SC, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/10/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 06-11-2013 PUBLIC 07-11-2013).³³

Segundo a publicação e divulgação dos atos judiciais e administrativos do Supremo Tribunal Federal são realizadas por intermédio do Diário da Justiça Eletrônico (DJe). Contudo, a presunção de conhecimento da nova norma jurídica recém-criada não é satisfeita com a mera publicação da ata de julgamento no DJE, que é voltado basicamente para os operadores do direito. Não se pode exigir dos cidadãos o acompanhamento exclusivo do veículo oficial do STF, Diário de Justiça Eletrônico, para tomar conhecimento acerca de novas condutas delituosas. Deste modo, tal como um novo tipo penal incriminador, necessária a publicação da decisão no Diário Oficial da União como requisito de eficácia.

Importante observar que o art. 28 da Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, determina a publicação da parte dispositiva do acórdão em seção especial do Diário da Justiça, no caso DJE, e do Diário Oficial da União. Com efeito, a eficácia vinculante *erga omnes* da decisão que incluiu a homofobia e transfobia como “racismo social”, nos termos da Lei

33 (STF - Rcl: 4008 SC, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/10/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 06-11-2013 PUBLIC 07-11-2013).

7.716/89, está subordinada à publicação da parte dispositiva do acórdão no Diário Oficial da União.

Outro ponto passível de ponderações é se o novo conceito de “racismo social” ficará restrito às normas penais veiculadas na Lei 7.716/89 ou se terá efeito expansivo a toda e qualquer norma penal que tenha como elemento constitutivo, qualificador ou agravante a expressão “raça” de forma a incluir atos tidos como de homofobia e transfobia em seu alcance. Por exemplo, no Código Penal, o elemento raça é utilizado para qualificar o crime de injúria.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi expressa em restringir a interpretação conforme a Constituição somente à Lei 7.716/89, embora houvesse pedido expansivo expresso no item 8.d.2 da petição inicial protocolada pelo Partido Popular Socialista, autor da ADO-26, para outras condutas penalmente relevantes. Deste modo, tal como expressamente decidido, as normais penais do Código Penal e de outras legislações extravagantes, à exceção da Lei do Racismo, não sofreram qualquer impacto interpretativo, não podendo, pois, ter sua interpretação ampliada por outros órgãos jurisdicionais, sob pena de afronta à eficácia vinculante.³⁴

No caso do Mandado de Injunção (MI 4733), a entidade autora sustentou que a Constituição Federal permite a impetração de mandado de injunção visando a criminalização específica de condutas quando esta situação se configure necessária para o exercício das prerrogativas inerentes à cidadania das vítimas em questão. Alegaram também que existe ordem constitucional de legislar criminalmente que obriga o legislador a criminalizar a homofobia e a transfobia, tendo em vista que a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo e que, por isso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais ofensa.

O relator não conheceu da ação por entender manifesta a inviabilidade da via injuncional no caso. Citou jurisprudência da Corte com relação à necessidade de se detectar, para o cabimento do mandado de injunção, a existência inequívoca de um direito subjetivo, concreta e especificamente consagrado na Constituição Federal, “que não esteja sendo usufruído por seus destinatários pela ausência de norma

34 JUS BRASIL. Marco inicial da eficácia vinculante da decisão na ADO-26 e ampliação do conceito de racismo somente no âmbito da Lei 7.716/89. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74804/marco-inicial-da-eficacia-vinculante-da-decisao-na-ado-26-e-ampliacao-do-conceito-de-racismo-somente-no-ambito-da-lei-7-716-89>. Acesso em 15 de junho de 2020.

regulamentadora exigida por essa mesma Carta”. Posteriormente, tal decisão foi reconsiderada e permitiu o cabimento do MI, com alegado fundamento no artigo 5º, inciso LXXI da CF, “para o efeito de examinar a denegação ou a concessão do provimento requerido caso demonstrada a possibilidade de suprimento judicial da lacuna apontada”.

Em discussão: saber se presentes os pressupostos e requisitos necessários ao cabimento do mandado de injunção; se há mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia; se é possível a aplicação subsidiária da lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor para a criminalização da homofobia e transfobia; e se está caracterizado o dever estatal de indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia enquanto tais condutas não forem criminalizadas.

PGR: pelo conhecimento parcial do mandado de injunção, por entender que não se coaduna com o objeto e o rito de mandado de injunção pedido de condenação do estado a indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar. No mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida.

Despacho: Nos termos do art. 87, IV, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção 4733:

Despacho: Nos termos do art. 87, IV, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, torno desde já disponível na forma escrita o inteiro teor do respectivo Relatório, dele também propiciando ciência isonômica e simultânea às partes. Publique-se. Intime-se. Brasília, 13 de novembro de 2018. Ministro Edson Fachin Relator Documento assinado digitalmente R E L A T Ó R I O O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): Trata-se de mandado de injunção impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT em face do Congresso Nacional a fim de “ obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ ou identidade de gênero” (eDOC 4, p. 1). Em suas razões a impetrante sustenta ser necessária a criminalização específica, “ porque o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBT tem tornado faticamente inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas LGBT em razão do alto grau de violência e discriminação contra elas perpetradas na atualidade” (eDOC 4, p. 2). Invoca o princípio da proporcionalidade, para defender que a proibição de proteção deficiente “ demanda pela atuação estatal por intermédio do Direito Penal” (eDOC 4, p. 3). Aduz haver obrigação constitucional de legislar para criminalizar a homofobia e transfobia, porquanto, em seu entender, “ a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo” , e elas se enquadrariam, ainda, no conceito de “ discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais” , consoante o disposto no art. 5º, XLI, da CRFB. Alega que a equiparação ao racismo é também devida

para não se hierarquizar opressões, o que afrontaria o direito à igual proteção penal. Ante o que entende ser a obrigação constitucional de legislar e não se verificando a elaboração de nenhuma norma com esse conteúdo por parte do Congresso, afirma haver mora inconstitucional, razão pela qual pugna para que o Supremo Tribunal Federal fixe um prazo razoável, sugerindo o de um ano no máximo, para a elaboração da legislação criminalizadora. Em sendo ultrapassado o prazo, ou caso a Corte entenda desnecessária sua fixação, requer a impetrante que este Tribunal dê concretude ao texto constitucional para criminalizar condutas homofóbicas e transfóbicas, para incluir “ a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima na Lei de Racismo (Lei n. 7.716/89), determinando-se a aplicação da referida lei (e outra que eventualmente a substitua) para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas” (eDOC 4, p. 85). Requer, por fim, o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado brasileiro “ a indenizar as pessoas vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia, enquanto tais condutas não forem criminalizadas de forma eficiente. Em sede de informações, o Presidente da Câmara dos Deputados informou que tramita naquela Casa o Projeto de Lei n. 5003/2001, que dispõe sobre as sanções aplicáveis à conduta homofóbica. Afirma não ser possível, em seu entender, “ equiparar a ausência de lei que criminalize a homofobia ou a transfobia a uma omissão inconstitucional, muito menos afirmar que a criminalização dessas condutas decorre de uma exigência taxativa do texto constitucional” , nem que eventual ausência de norma possa dar ensejo à responsabilidade do Estado (eDOC 14, p. 3-4). A União, por sua vez, aduz que “ não há qualquer comando constitucional que exija tipificação específica para a homofobia e transfobia” (eDOC 15, p. 2-3). Defende, ainda, que não é possível suprir eventual omissão em matéria penal por meio de decisão judicial. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não cabimento do mandado de injunção, em parecer assim ementado (eDOC 18): “ Mandado de Injunção. Suposta mora legislativa do Congresso Nacional na tipificação de delitos praticados em razão de homofobia e transfobia. Inexistência de mora legislativa quando já há projeto de lei em apreciação no Congresso Nacional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Existência de legislação aplicável aos delitos praticados em razão de preconceito contra orientação sexual. Parecer pelo não cabimento do writ.” Em decisão monocrática, o e. Ministro Ricardo Lewandowski, então Relator, acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral da República, não conheceu do mandado de injunção. A impetrante interpôs agravo regimental, em face do qual novo parecer foi solicitado à Procuradoria-Geral da República. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do agravo em parecer assim ementado (eDOC 40): “ CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. HOMOFOBIA. PROTEÇÃO DEFICIENTE. MANDADO DE INJUNÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. O mandado de injunção, na linha da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, presta-se a estabelecer profícuo e permanente diálogo institucional nos casos de omissão normativa. Extrai-se do texto constitucional dever de proteção penal adequada aos direitos fundamentais (Constituição da República, art. 5º, XLI e XLII). Em que pese à existência de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, sua tramitação por mais de uma década sem deliberação frustra a força normativa da Constituição. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. Parecer pelo conhecimento e provimento do agravo regimental.” Em juízo de reconsideração, determinei o processamento do mandado de injunção. Em nova a manifestação, a

impetrante corroborou os argumentos aduzidos na inicial, fazendo referência à tramitação nesta Suprema Corte da ADO 26, cujo objeto é semelhante ao do presente mandado de injunção. O Presidente do Senado Federal, por sua vez, alegou que “ a pura e simples criminalização de condutas não tem se revelado abordagem adequada para expurgar a sociedade de seus demônios” (eDOC 76, p. 8). Afirmou, ainda, que “ a proteção requerida já existe, ainda que imperfeita, no ordenamento jurídico. E há aperfeiçoamentos em processo de elaboração (eDOC 76, p. 14). Impugnou, por fim, a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal venha a disciplinar a matéria, porquanto, em seu entender, haveria ofensa à separação dos poderes. A União ratificou os termos de sua manifestação anterior. Sustenta que via processual escolhida é inadequada, porquanto não haveria direito constitucional a ser tutelado. Aduz inexistir omissão inconstitucional. Por essas razões, requereu o não conhecimento do mandado de injunção ou, no mérito, sua denegação. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela parcial procedência do pedido. O parecer tem a seguinte ementa (eDOC 82): CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO DE VITIMAS DE HOMOFOBIA. NÃO CONHECIMENTO. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO. CONFIGURACAO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR. 1. Não se coaduna com o objeto e o rito de mandado de injunção pedido de condenação do estado a indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar. 2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raca previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem. 3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da Republica, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas. 4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica praticas homofóbicas, esta em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Cabe fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão. 5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar inertia deliberandi. 6. A ausência de tutela judicial concernente a criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. 7. Parecer pelo conhecimento parcial do mandado de injunção e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida. Foram admitidos como amici curiae o Conselho Federal de Psicologia e o Grupo Dignidade. É, em síntese, o relatório.

(STF - MI: 4733 DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 13/11/2018, Data de Publicação: DJe-242 16/11/2018).³⁵

35 (STF - MI: 4733 DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 13/11/2018, Data de Publicação: DJe-242 16/11/2018).

3.3 Ativismo no Brasil: As (in) devidas relações entre direito e política

As relações tensas e conflitivas entre o direito e o poder político provavelmente acompanharão a história humana ainda por muito tempo, sempre de formas e dimensões diversas de acordo com o período histórico.

Um dos expositores afirmou, corretamente, que a política, entendida como exercício do poder estatal, se realizada sem estar submissa ao direito implicará no arbítrio e no autoritarismo; por outro lado, o direito sem a política entendida como poder transmuta em anarquia, pois as leis e normas jurídicas passariam a ser meras recomendações de condutas e não comandos coativos.

Na atualidade, o que tem preocupado juristas e cientistas políticos e dado margem a debates intensos no interior de nossas democracias é a invasão da política pelo direito, a jurisdicionalização da política e o chamado ativismo judicial.

Aqui no Brasil o tema encontra eco nas questões atravessadas por nossa democracia infante.

Recentemente nossa Suprema Corte, contrariando diversas decisões anteriores e farta doutrina produzida antes de sua decisão, houve por bem subtrair de nosso Legislativo sua competência para decidir de forma constitutiva sobre a cassação de mandatos de seus integrantes.

No plano jurídico a celeuma se estabelece na interpretação dos incisos IV, VI e parágrafo 2º do artigo 55 de nossa Constituição.

Enquanto o inciso IV do referido artigo determina que a supressão de direitos políticos, que tem como uma de suas razões a condenação criminal, gera a conseqüente perda do mandato do parlamentar por mera declaração da mesa da Casa Legislativa. O inciso VI e parágrafo 2º do mesmo dispositivo diz que no caso da condenação criminal transitada em julgado cabe ao plenário da Casa decidir após o devido processo com direito a ampla defesa.

Ao leigo pode aparentar um conflito entre normas. Alguns juristas de respeito usam o argumento do conflito entre normas para justificar uma decisão livre do STF sobre o tema.

Ora, em verdade o conflito é meramente aparente, para usar a expressão de Norberto Bobbio. A norma do inc. IV é geral e a do inc. VI específica, ou seja, os parlamentares perdem seu mandato por mera declaração o da mesa do legislativo com direito de defesa no caso da supressão de seus direitos políticos, salvo no caso

de condenação o criminal transitada em julgado, caso em que a cassação será julgada pelo plenário após processo com direito a ampla defesa.

A decisão do STF, contudo, foi por demais agressiva a todos os dispositivos invocados, pois resolveu cassar diretamente, por sua própria decisão, os mandatos dos parlamentares envolvidos no caso do mensalão, sem qualquer participação do Legislativo no processo, nem mesmo a mera declaração da mesa da Casa com direito a defesa, prevista no inciso IV referido.

Ou seja, além de invadir a competência do plenário do legislativo prevista no inciso VI e parágrafo 2º referidos, o STF suprimiu a própria competência declaratória com defesa prevista no inciso IV. Não deu vigência nem a norma específica, que seria o correto, nem mesmo à norma geral que alguns juristas tentam usar como fundamento na defesa da decisão da Corte.

Ao não dar vigência a dispositivo expresso de nossa Constituição, atribuindo-se competência que seria, de uma forma ou de outra, do Legislativo, nossa Corte usa do direito para exercer de fato papel de iniciativa política, revogando no caso concreto dispositivos constitucionais e os substituindo por regra de sua própria criação, conduta que atenta contra os mais mezinhos princípios de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Ao Supremo cabe aplicar a Constituição interpretando-a e não a inovando, negando vigência a dispositivos magnos expressos.

Qual a solução do problema? Como deve agir o Legislativo?

Obviamente o que se impõe no caso é a segurança jurídica. Mesmo equivocada, caso a decisão final da Corte após julgamento dos recursos cabíveis contra a infeliz decisão seja a mesma já proferida em primeiro plano, caberá ao Legislativo se submeter. A Corte Suprema tem o condão de definitividade em suas decisões. É como prevê nosso sistema jurídico-constitucional.

Em alguns países europeus, como a França, por exemplo, talvez o resultado fosse outro, por conta da forma como esses países equilibram seus poderes, com evidente superioridade do Legislativo. Não é nosso caso.

No Brasil, no conflito entre Jurisdição e Legislativo, deve prevalecer a Jurisdição. É o que estabelece nossa Constituição e a forma como construímos nossa democracia.

Que este poder maior sirva ao Judiciário como motivo de cautela e responsabilidade e não como fonte de arroubos autoritários.

CONCLUSÃO

Sem a intenção de esgotar as discussões sobre o assunto, o trabalho em tela teve seu objetivo atingido em demonstrar que a partir do ativismo judicial ou, da atitude proativa do magistrado, foi possível constatar que é pela judicialização das demandas sociais, que se cria dentro do Judiciário, um ambiente favorável à postura decisionista por parte dos Magistrados, uma vez que para estes, é permitido e, até mesmo desejável em alguns casos, que haja uma postura politicamente engajada e uma rapidez no julgamento em nome da efetividade.

Ademais, a decisão analisada à partir do estudo de caso encontra os déficits que possibilitam decisionismos. Tais decisionismos merecem atenção e prudência, já que há a possibilidade de serem instrumentalizados para fins políticos sem representatividade legítima. O ativismo judicial é portanto, uma realidade inafastável e corrente, mas que deve ser limitado, uma vez que, visto o estudo abordado e, cabendo ao STF ser o guardião da Constituição, tudo aquilo que se suspeitar ser inconstitucional poderá e deverá passar pelo crivo da Corte, no entanto, observou-se ser possível e desejável que em estudos futuros, as concessões de tutelas jurisdicionais aos litigantes que provocam o judiciário Brasileiro, ou, as decisões emitidas de ofício, tanto pela suprema corte como, em suas instâncias inferiores, sejam averiguadas para complementar o caráter geral desta pesquisa, a fim de explicitar a indecidibilidade interpretativa como causa para ilegitimidade em decisões de caráter político, diferenciando-se, portanto, o amplo exercício da democracia e a representatividade democrática, daquele conceito de decisionismo.

Evidentemente, estudos mais aprofundados acerca dessa questão serão necessários para confirmar as hipóteses ventiladas, sendo que essa empreitada é a que se objetiva a partir de novas pesquisas em oportunidades futuras.

Com efeito póstumo a tais pesquisas, espera-se que seja possível abrir novos horizontes para que as demandas apresentadas ao Judiciário, com teor político, possam ser resolvidas com maior representatividade, gerando colateralmente, meios de se chegar ao paradigma procedimentalista democrático, ouvindo os atores do processo e protegendo, ao cabo, a própria Constituição e a separação dos poderes sem necessidade de recorrer a “ativismos” não legítimos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERTINI, Felipe. **Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional**. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.
- ALMEIDA, Vicente. **Ativismo judicial**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19512/ativismo-judicial>. Acesso em: 15 de junho de 2020.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 222.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 15 de junho de 2020.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- JUS BRASIL. **Marco inicial da eficácia vinculante da decisão na ADO-26 e ampliação do conceito de racismo somente no âmbito da Lei 7.716/89**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74804/marco-inicial-da-eficacia-vinculante-da-decisao-na-ado-26-e-ampliacao-do-conceito-de-racismo-somente-no-ambito-da-lei-7-716-89> Acesso em 15 de junho de 2020.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- MCBRIDE, Alex (December 2006). "The Supreme Court, The Court and Democracy, Landmark Cases, Marbury v. Madison (1803)". Thirteen/WNET New York. Retrieved 22 September 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª edição, revista atualizada. Editora Malheiros: São Paulo, 2001.

(STF - Rcl: 4008 SC, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/10/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 06-11-2013 PUBLIC 07-11-2013).

(STF - MI: 4733 DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 13/11/2018, Data de Publicação: DJe-242 16/11/2018).

VIANNA, Werneck; carvalho, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; BARGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Reavan, 1999, p.15.