



**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA:  
ATIVISMO JUDICIAL OU CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA?**

*BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE CRIMINALIZATION OF  
HOMOTRANSFOBIA: JUDICIAL ACTIVISM OR GUARANTIST  
CONSTITUTIONALISM?*

---

**Nestor Eduardo Araruna Santiago**

Doutor em Direito Tributário (2005), com estágio Pós-Doutoral em Direito pela Universidade do Minho, Portugal (2016); Mestre (2000) e Especialista (2000) em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional e do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), onde ministra a disciplina Processo, Garantismo e Estado Democrático de Direito (PPGD) e Direito Processual I (Graduação). Atua nas áreas de Direito Processual Penal e Direito Penal, com interfaces para o garantismo e o ativismo. Advogado.

**Luis Lima Verde Sobrinho**

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2020). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2017). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2009). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2008). Professor das disciplinas de Antropologia e Filosofia Jurídica, Direito Constitucional e Direito Administrativo (graduação) e Tributos em Espécie (especialização). Membro associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Membro dos Grupos de Pesquisa sobre Direitos Culturais - GEPDC (CNPq/UNIFOR) e Direitos Humanos (CNPq/ESMEC). Analista Judiciário.

**Resumo**

O STF, no Acórdão da ADO 26, conferiu à Lei n. 7.716/1989 interpretação conforme a CF, para enquadrar a homotransfobia como espécie do gênero racismo e criminalizá-la, tendo referida decisão sofrido críticas por excesso de ativismo judicial. O objetivo deste ensaio é analisar se a ADO 26 foi, realmente, ativista. O artigo contrasta as duas principais teorias da

hermenêutica constitucional na atualidade - o ativismo judicial e o constitucionalismo garantista - para concluir que não houve ativismo judicial no referido julgamento. Ao contrário, teria o STF se pautado pelo constitucionalismo garantista. Ao considerar as práticas homotransfóbicas como espécies do gênero racismo, o julgado não fez uso de analogia, não dispensou a *interpositio legis*, nem aplicou o método da ponderação de princípios, soluções comuns ao ativismo judicial. No caso, o STF reafirmou sua jurisprudência acerca do conceito de racismo, o qual, para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, deve ser compreendido em sua dimensão social.

**Palavras-chave:** Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão 26. Ativismo judicial. Criminalização. Garantismo. Homofobia.

### Abstract

The Brazilian Supreme Court, in the Direct Action of Unconstitutionality due to Omission no. 26 (ADO 26) judgment, gave interpretation according to the constitution for Brazilian Statute Law no. 7.716 of 1989, in order to classify homotransphobia as species of the genus racism and criminalize it, and this decision was criticized for excessive judicial activism. The purpose of this article is to analyze if the ADO 26 was trully activist. The article contrasts the two main contemporary theories of constitutional interpretation - judicial activism and garantist constitutionalism - to conclude that there wasn't judicial activism in that judgment. Instead, the Brazilian Supreme Court would have been based on garantist constitutionalism. By considering homotransphobic practices as species of the racism genre, the Court didn't use analogy, didn't discharge the *interpositio legis*, nor did it apply the balancing principles method, usual solutions in judicial activism. In this case, the Brazilian Supreme Court reaffirmed its jurisprudence around the concept of racism, which shouldn't be limited to strictly biological or phenotypic aspects, but must be understood in its social dimension.

**Keywords:** Direct Action of Unconstitutionality due to Omission no. 26. Judicial activism. Criminalization. Garantist constitutionalism. Homophobia.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988 (CF), no rol de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos (art. 5º), assegura que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (inciso XLI) e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (inciso XLII). Passadas três décadas da promulgação da CF, a prática de violências físicas e morais contra a comunidade LGBT<sup>1</sup> no Brasil vem crescendo exponencialmente, sem que haja por parte do Estado a efetiva aprovação de leis capazes de reprimir o avanço da intolerância.

---

1 Conquanto haja variações da sigla, optou-se por utilizar *LGBT* (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros), mantendo-se o padrão conforme o Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 (ADO 26).

Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal (STF), por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 (ADO 26), ajuizada pelo Partido Popular Socialista – PPS, foi instado a se pronunciar sobre se atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero das pessoas caracterizariam comportamentos subsumíveis à noção de racismo de tal modo que o legislador ordinário, ao restringir-se, tão somente, a dispensar a tutela penal em relação às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei n. 7.716/1989), teria realizado de maneira incompleta o que impõe o texto constitucional, vulnerando, desse modo, por omissão, o que estabelece a Lei Fundamental da República.

A conclusão a que chegou o STF, consignada no Acórdão da ADO 26, de 13 de junho de 2019, foi no sentido de dar interpretação conforme a CF, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF, para enquadrar a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei n. 7.716/1989, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de *racismo social*, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão.

Identificar se uma decisão judicial pautou-se pelo que se convencionou chamar de “ativismo judicial” ou se pela corrente teórica do constitucionalismo garantista (“garantismo”) é tarefa sem maiores complexidades. Se o *decisum* lança mão de argumentos principialistas e, fazendo uso da ponderação e da razoabilidade, cria direito novo, avocando para si, em alguma medida, o papel de “legislador positivo”, tem-se, ao que tudo indica, a prática do ativismo judicial.

Por outro lado, se a decisão analisada tem como fundamento a invocação direta de direitos fundamentais expressos na Constituição, seja para defender direitos de liberdades ou assegurar direitos a prestações estatais, atuando o julgador em posição muitas vezes contramajoritária ou no papel de “legislador negativo”, tem-se, com alguma clareza, garantismo constitucionalista.

Todavia, especificamente no julgamento da ADO 26, há um componente extra

de dificuldade para se identificar se, em tal caso, agiu o STF com ativismo judicial ou em nome do garantismo. É que, no referido julgado, buscou-se assegurar o respeito a direitos e garantias fundamentais expressos na CF (art. 5º, XLI e XLII), ampliando-se o campo de proteção destes para supostamente incriminar condutas ainda não tipificadas pelo Poder Legislativo. A questão se torna ainda mais controversa se levarmos em conta que o relator da Ação foi o ministro Celso de Melo, cujos votos, em boa medida, costumam apresentar inclinação ao constitucionalismo garantista.

Assim, o objetivo geral desta pesquisa é desenvolver análise de decisão que evidencia o antagonismo entre as duas principais correntes da hermenêutica constitucional na atualidade: o ativismo judicial e o constitucionalismo garantista. O objetivo específico é identificar qual dessas duas visões pautou o STF na conclusão do Acórdão da ADO 26.

O presente ensaio possui metodologia exploratória e explicativa, porquanto pretende analisar o sentido da decisão lavrada na ADO 26 do STF, a partir de interpretação sobre o processo decisório, sobre a forma da decisão em si e sobre os principais argumentos produzidos, contrastando duas teorias sobre o assunto: o ativismo judicial e o constitucionalismo garantista. Além desta introdução e da conclusão, a abordagem divide-se em três seções, sendo a primeira sobre o ativismo judicial, a segunda sobre o constitucionalismo garantista e a última sobre a ideia central do trabalho: a resposta à indagação do título – se a ADO 26 teria sido ativista ou garantista. O estudo aponta não ter havido ativismo judicial no referido julgamento. Ao contrário, teria o STF se pautado pelo constitucionalismo garantista, tendo em vista o método hermenêutico e a argumentação jurídica utilizados, conforme restará demonstrado nas seções seguintes.

## **2. SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL**

O primado do juiz “boca da lei” foi um dos legados das revoluções liberais burguesas dos Séculos XVII e XVIII, sobretudo três delas: a Revolução Gloriosa da Inglaterra (1688), a Independência dos Estados Unidos da América (1776) e a Revolução Francesa (1789). Antes disso, o Estado, bem como a criação e a interpretação do Direito, confundiam-se com a figura e a vontade dos próprios monarcas governantes, de modo que os parlamentos, onde existiam, eram meros conselhos consultivos dos reis (VERDE SOBRINHO, 2020). Sepultados os regimes

absolutistas após as ditas revoluções, surgiram as primeiras constituições escritas e teve início o movimento que se consagrou chamar de *constitucionalismo*, a partir do qual a teoria de Montesquieu (1689-1755) teve grande adesão nas monarquias constitucionais e repúblicas então (re)fundadas (MONTESQUIEU, 2008).

Referida teoria, ao postular a separação do poder estatal em três funções essenciais (Legislativo, Executivo e Judiciário), realçava a importância do Legislativo, porquanto seria o poder dotado de maior legitimidade representativa e racionalidade plural. Atribuiu-se à lei emanada do Parlamento uma incontrastável supremacia. Caberia ao Poder Executivo, na condução do governo, executar rigorosamente o direito legislado, e ao Judiciário, na solução dos conflitos sociais, aplicar friamente aquele direito posto. Vem daí o primado do juiz “boca da lei”, ou seja, o papel da magistratura deveria se restringir a declarar o direito positivo aplicável à solução do caso concreto (VERDE SOBRINHO, 2020).

A era do constitucionalismo teria durado até a metade do Século XX, quando, após a Segunda Guerra Mundial, o papel do Estado foi sendo gradativamente redesenhado. A guerra deixou um cenário de destruição social, econômica e estrutural. Some-se a isso a herança dos inúmeros regimes jurídicos autoritários. As profundas cicatrizes deixadas pelo conflito resultaram na formulação de novas propostas jusfilosóficas dispostas a reconhecer o fracasso do Estado de Direito e a apontar para a necessidade de superação da lógica formalista do Direito (TRINDADE, 2012, p. 112).

Surge então a noção de constitucionalismo democrático e de constituição dirigente (CANOTILHO, 2001), e o fenômeno jurídico passa a ser percebido sob um viés de materialidade, em vez de formalidade. Tudo isso por meio da inclusão de dois postulados centrais: o reconhecimento da força normativa da Constituição (HESSE, 1991) e da incorporação de novas garantias, novos direitos aos cidadãos, com seus respectivos meios assecuratórios (STRECK, 2004). Direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e políticos passaram a ser incorporados nas constituições elaboradas após a guerra, e a partir daí entra em cena o protagonismo de outro poder: o Judiciário, elevado à condição de fiador das novas ordens democráticas e dos direitos fundamentais.

Nesse novo cenário global, para tirar tais direitos do papel, Cortes constitucionais assumem a dianteira, em maior ou menor proporção, a depender da realidade própria de cada Estado, em frontal reação à postura do juiz *bouche de la loi*,

criada pelo ideário liberal burguês e fruto do Estado Legislativo de Direito. Surge daí a ideia de Estado Constitucional de Direito e o paradigma do *neoconstitucionalismo*, como suposta superação do *constitucionalismo*. “O resultado disso será um constitucionalismo voltado à superação da debilidade estrutural do âmbito jurídico presente no Estado Legislativo de Direito”, aponta Oliveira Neto (2011, p. 550).

O neoconstitucionalismo teria como características essenciais: i) a relação conceitual entre Direito e Moral, restabelecida pela incorporação, nas Constituições, de princípios de justiça de caráter ético-político (*constitucionalismo ético*); ii) grande parte das normas constitucionais configura-se como princípios – e, portanto, são estruturalmente diferentes das regras –, os quais implicam valores e se encontram em constante conflito, sobretudo nos chamados casos difíceis; iii) o papel central atribuído à argumentação jurídica, mais especificamente à ponderação, confiada à atividade desempenhada pelos juízes (TRINDADE, 2012, p. 101).

A partir desse contexto, o *ativismo judicial* surge como fruto do paradigma neoconstitucionalista, em reação ao formalismo jurídico e àquela máxima do juiz como mero aplicador da lei. Além disso, o ativismo tem por indissociáveis o Direito e a Política. Segundo Thamy Pogrebinski (2000, p. 2), considera-se ativista o juiz que “(a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; (b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; (c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade”.

Especificamente, o ativismo judicial nasce no sistema jurídico norte-americano, em que os precedentes constituem a principal fonte do Direito e, portanto, a atividade jurisdicional implica a própria criação deste (TRINDADE, 2012, p. 110). O ápice desse fenômeno teria sido alcançado com a conhecida *Corte Warren* – presidida por Earl Warren, durante as décadas de 1950 e 1960 –, quando decisões históricas foram proferidas, provocando verdadeira revolução na hermenêutica constitucional, influenciando, decerto, a atividade de muitas outras cortes mundo afora, a exemplo do famoso caso *Brown vs. Board Education*, de 1954. Na década de 1970, a *Corte Burger* manteve a tradição das decisões rotuladas de ativistas (WOLFE, 1994).

Em 1947, nos Estados Unidos, ocorreu a primeira menção ao termo, feita por Arthur Schlesinger, em artigo intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, publicado na revista *Fortune*, no qual o autor classificou os juízes da Suprema Corte americana como ativistas (*activists*) ou passivistas – os últimos caracterizados pela autocontenção

---

judicial (*self-restrain*) (DIAS; SA, 2020, p. 168).

Tendo como premissa maior a divisão das normas jurídicas em duas espécies – princípios e regras –, o primeiro elemento caracterizador do ativismo judicial seria a presença de decisões fundamentadas substancialmente em princípios, afastando ou negando a aplicabilidade de regras específicas para a *fattispecie* (TEIXEIRA, 2012, p. 46). A partir desse traço essencial que o distingue, o ativismo judicial pode se manifestar positivamente ou negativamente, segundo a classificação de Anderson Vichinkeski Texeira (2012).

*Ativismo judicial positivo* seria “aquele que se enquadra no padrão de racionalidade jurídica vigente no ordenamento em questão e busca, em última instância, assegurar direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição” (TEIXEIRA, 2012, p. 46). Ainda segundo Teixeira (2012, p. 52), estando-se diante de algum dos seguintes elementos, pode-se cogitar de ativismo *positivo*: (1) decisão fundamentada substancialmente em princípios jurídicos, sobretudo os constitucionais; (2) decisão que busque precipuamente assegurar direitos fundamentais; (3) decisão orientada à garantia da supremacia da Constituição; e (4) decisão sustentada por técnicas hermenêuticas que não extrapolem a *mens legis* e não derroquem a *mens legislatoris* do ato normativo em questão.

Até para os críticos mais ferrenhos do ativismo judicial, parece não haver dúvida de que os direitos fundamentais devem preponderar, como regra, frente às demais normas do ordenamento jurídico, inclusive aquelas que possuam *status* constitucional. Dito isso, o ativismo judicial, quando presidido pelas diretivas acima sugeridas, em tese não mereceria reprovação hermenêutica. Aliás, há quem defenda, a exemplo de Teixeira (2012, p. 52), tratar-se de “uma patologia constitucional cada vez mais necessária – desde que seja na sua vertente positiva –, para a proteção do indivíduo contra as omissões ou excessos do Estado”.

Já o *ativismo judicial negativo* se fará presente sempre que prepondere “um padrão de racionalidade eminentemente político” (TEIXEIRA, 2012, p. 46). Dentre as diversas concepções encontráveis sobre a manifestação deletéria do ativismo judicial, uma das mais amplas talvez seja a de Willian Marshall (2002), que enumera sete comportamentos nocivos: 1) quando os tribunais discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos (*ativismo contramajoritário*); 2) quando os tribunais desconsideram as concepções mais estritas do texto legal ou, então, a intenção

original dos autores da Constituição (*ativismo não originalista*); 3) quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes estabelecidos (*ativismo de precedentes*); 4) quando os tribunais não obedecem os limites formais estabelecidos de sua atuação, ultrapassando as competências a eles conferidas (*ativismo jurisdicional*); 5) quando os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias através da doutrina constitucional (*ativismo criativo*); 6) quando os tribunais impõem obrigações positivas aos outros poderes ou controlam o cumprimento das medidas impostas (*ativismo remediador*); 7) quando os tribunais decidem com a finalidade de atingir objetivos nitidamente partidários ou de determinado segmento social (*ativismo partisan*).

Na Europa, o ativismo tomou impulso a partir do movimento nascido na Alemanha chamado *jurisprudência dos valores*. Com o término da guerra e a promulgação da Constituição de Bonn em 1949, o Tribunal Constitucional alemão recebeu a missão estratégica de romper com o modelo jurídico vigente, de base nazista, e, paralelamente, legitimar as recentes decisões tomadas com fundamento no novo regime, instaurado pelos aliados. Nesse contexto, buscando superar os impasses da velha legislação e romper com o positivismo legalista, a *jurisprudência de valores* se viu obrigada a recorrer a alternativas metodológicas – muitas vezes invocaram-se direitos supraleais – capazes de evitar o formalismo que caracterizava a tradição jurídica alemã (TRINDADE, 2012, p. 112-113).

No Brasil, as experiências norte-americana e alemã terminaram por produzir efeitos diretos a partir da promulgação da CF, resultando na geração de um ativismo *sui generis*, que vem sendo praticado não apenas pelo STF, mas também pelas demais instâncias do Poder Judiciário, inclusive pelos juízes singulares. A ausência, no Direito brasileiro, de mecanismos formais de unificação vinculante de jurisprudência é fator de grande insegurança jurídica num cenário de crescente ativismo judicial (VERDE SOBRINHO, 2020).

O resultado disso, aponta Trindade (2012, p. 117), foi a institucionalização de um “verdadeiro ativismo judicial às avessas, em que se confere discricionariedade aos juízes para, nos casos concretos, buscarem em suas consciências uma solução que atenda aos fins de justiça social”, de modo a se ter “14 mil magistrados em atividade, cuja grande maioria ainda entende que a interpretação é um ato de vontade e que, portanto, está à disposição do juiz” (TRINDADE, 2012, p. 116). Em síntese, “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a *escolha* do juiz é dependente do



*desejo* de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar” (GARAPON, 1996, p. 54).

### 3. SOBRE O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Se o ativismo judicial nasceu como reação à *palidez* do juiz “boca da lei” criado pelo paradigma constitucionalista, o garantismo, por sua vez, surgiu como reação à *avidez* do juiz “herói” criado pelo paradigma neoconstitucionalista. Tendo como ideia central as garantias constitucionais das liberdades fundamentais, o termo “garantismo” se radica na linguagem filosófico-jurídica italiana da segunda metade do século XX.

Em verdade, tal expressão tornou-se habitual a partir de 1970, quando o *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, de Salvatore Battaglia, trouxe-lhe dois significados relacionados: 1) Característica própria das mais evoluídas constituições democrático-liberais, consistente no fato de elas estabelecerem dispositivos jurídicos cada vez mais seguros e eficientes a fim de garantir a observância das normas e do ordenamento por parte do poder político; 2) Doutrina político-constitucional que propugna uma cada vez mais ampla elaboração e introdução de tais dispositivos no ordenamento jurídico (IPPOLITO, 2011, p. 36).

Contudo, o impulso internacional da doutrina jurídico-política a respeito do “garantismo” está diretamente ligado à atividade científica, cultural e profissional de Luigi Ferrajoli (1989) – à época juiz vinculado ao movimento *Magistratura Democrática* e professor da faculdade de Direito da Universidade de Camerino –, que, com *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, suscitou profícuo e duradouro debate, influenciando profundamente a cultura juspenalista ibérica e sul-americana. Nessa obra – um dos clássicos da história do pensamento jurídico – o garantismo é apresentado como teoria do Direito, compreendido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, em relação a delitos e penas arbitrárias, ou seja, como sistema de garantias idôneo a minimizar a violência institucional dos aparatos repressivos.

Não obstante, o prefaciador da referida obra, Norberto Bobbio, observa que, para além do direito penal, a pretensão do autor é a elaboração daquilo que denomina *teoria geral do garantismo* – cuja premissa fundamental é a antítese entre liberdade e poder, que marca a história da civilização –, ou melhor, a construção dos alicerces do Estado de Direito, cujo fundamento e finalidade são a tutela das liberdades do indivíduo ante as várias formas de exercício arbitrário do poder. É dizer: a teoria do garantismo

não se restringe ao direito penal, em que pese se utilize deste como ponto de partida.

Cumpra esclarecer, contudo, que Ferrajoli rejeita a ideia de *neoconstitucionalismo* como superação do *constitucionalismo*. Para o referido autor, neoconstitucionalismo e garantismo seriam “duas visões do constitucionalismo contemporâneo nitidamente separadas pelos seus próprios pressupostos”, anotam Cademartori e Strapazzon (2012, p. 207). De um lado, o neoconstitucionalismo seria tendencialmente jusnaturalista, e de outro, o garantismo manteria a tradição positivista (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2012, p. 208).

Em *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Ferrajoli inspira-se nas lições do Iluminismo, que, em oposição ao processo do passado, baseado na prisão preventiva, no segredo da instrução probatória, na posição de inferioridade da defesa em relação à acusação e na união dos órgãos acusador e julgante, concebe um modelo processual essencialmente antitético, estruturado sobre valores tais como a presunção de inocência, a liberdade pessoal do imputado, a publicidade dos ritos, a paridade e o contraditório entre as partes e a imparcialidade do juiz e sua atuação como terceiro não interessado.

O “neo-iluminismo penal” de Ferrajoli insere este plexo de garantias processuais em um modelo jurídico voltado à proteção dos indivíduos frente ao poder punitivo do Estado, por meio de um sistema de limites e vínculos, impostos tanto à legislação penal quanto à jurisdição penal, com o objetivo de restringir ambas à tutela dos direitos fundamentais (IPPOLITO, 2011, p. 37).

Avançando nesse trilhar, no ano de 2007, Luigi Ferrajoli publicou o *Principia Iuris*, alentada obra cuja finalidade propõe uma revisão conceitual das principais categorias jurídicas, abordando os ordenamentos jurídicos como estruturas axiológicas e formalizáveis. Referida obra afigura-se como teoria do Direito e da democracia e realiza uma ampla integração conceitual do direito público e do privado, com o propósito de erigir um modelo integrado de ciência jurídica, ou seja, um modelo de teoria geral das pessoas, dos atos, das situações, dos bens e das normas jurídicas (FERRAJOLI, 2007, p. 259).

O *Principia Iuris* é, como se vê, uma teoria geral positivista, mas também, e sobretudo, continuação do projeto garantista. No bojo dessa teoria, o Direito é interpretado como uma linguagem artificial, decorrente de convenções estipuladas segundo formas preestabelecidas por regras artificiais dotadas do sentimento jurídico

da obrigatoriedade. O Direito e o Estado são artifícios, porquanto linguagem criada por sujeitos naturais, de carne e osso. Justo por isso é que os sujeitos naturais constituintes são o fundamento natural do artifício constituído que é o direito positivo (FERRAJOLI, 2007, p. 314).

O garantismo reconstrói toda a linguagem teórica da ciência jurídica para edificar uma teoria geral *formal*, porém intensamente preocupada em ampliar o alcance e os efeitos de uma axiologia radicada no paradigma do constitucionalismo atual: “seu compromisso político é reduzir as divergências existentes entre o dever ser constitucional atual e a realidade do direito atualmente vigente”, afirmam Cademartori e Strapazzon (2010, p. 285).

Isso posto, o garantismo firma um compromisso com a rigidez constitucional, de modo que a subdivisão das normas constitucionais em princípios e regras seria inadequada por enfraquecer a normatividade da Constituição, devendo-se falar apenas em normas constitucionais, todas elas dotadas de máxima efetividade, cabendo ao juiz interpretá-las sem hierarquização. Segundo Ferrajoli (2012, p. 40), “a diferença entre a maior parte dos princípios e das regras é, portanto, a meu ver, uma diferença que não é estrutural, mas quase de estilo”. Segue afirmando que “a formulação de muitas normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, na forma dos princípios não é apenas um fato de ênfase retórica, mas tem uma invidiosa relevância política”. E arremata dizendo que “à parte o estilo, qualquer princípio que enuncia um direito fundamental [...] equivale à regra consistente na obrigação ou na proibição correspondente” (FERRAJOLI, 2012, p. 40).

Por tudo isso, o *Principia Iuris* pode ser entendido como uma teoria garantista geral do Direito, da democracia e do constitucionalismo. Dúvida não há de que Ferrajoli, em tal obra, está “obcecado com o rigor formal, com o desenvolvimento de um neopositivismo jurídico, com um projeto integrador da ciência jurídica, com a definição do direito como uma linguagem” (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2010, p. 285), mas é certo também que tudo isso está a serviço de seu principal desiderato: a redefinição do paradigma teórico e normativo das atuais democracias constitucionais pela identificação dos diversos tipos de garantias que possam assegurar o máximo grau de efetividade aos direitos fundamentais.

Registre-se, todavia, que a noção de positivismo jurídico adotada por Ferrajoli difere, substancialmente, daquela que caracteriza o chamado paleojuspositivismo

inerente ao Estado Legislativo de Direito: “denominei juspositivismo crítico a visão do direito própria do constitucionalismo rígido, em oposição ao juspositivismo dogmático que tende a ignorar a dissociação entre validade e vigência e, igualmente, os vícios de legitimidade do direito vigente”, pondera Ferrajoli (2004, p. 271, tradução nossa).

Em que pese o garantismo ter se desenvolvido, em maior medida, no terreno do direito penal, designando as técnicas de defesa da liberdade contra arbitrariedades públicas, não resta dúvida quanto à sua amplitude e aplicação aos demais ramos do Direito, onde quer que haja direitos subjetivos, tanto patrimoniais quanto fundamentais (FERRAJOLI, 2007, p. 195). Sem dúvida nenhuma, o garantismo é uma teoria do Direito, que se irradia para todos os ramos deste.

Ferrajoli (2007, p. 452) defende que “as antinomias e as lacunas são sempre possíveis num sistema nomodinâmico, em relação ao qual, coerência e completude são *principia iuris tantum* e não *in iure*”. Isso significa que se a unidade, a completude e a coerência não são vistas pelo pensamento jurídico dominante como características essenciais dos sistemas jurídicos, mas como pré-condições de seu funcionamento, é porque são tidas como princípios que enunciam um “dever ser” não imperativo, ou seja, são premissas teóricas que, justo por isso, no máximo, orientam a atuação dos intérpretes para assegurar a funcionalidade e a existência do direito positivo enquanto *corpus iuris*.

Dito isso, a questão atual da teoria do Direito, segundo o *Principia Iuris*, não é mais como adequar forma e conteúdo, procedimento e matéria, processo formal e direito material, recorrendo a princípios de hermenêutica, princípios gerais de direito ou a valores da moralidade dominante, isto é, buscando elementos externos ao direito positivo para dar-lhe unidade, coerência e completude. “A questão atual é mobilizar as técnicas do direito positivo, que é nomoestático em relação aos direitos fundamentais, e efetivar a completude e coerência do próprio direito positivo: eis a perspectiva garantista do *Principia Iuris et in iure*”, afirmam Cademartori e Strapazzon (2010, p. 293).

A propósito dos silêncios e omissões no ordenamento infraconstitucional, o garantismo defende que os suprir é tarefa do Poder Legislativo, a quem cabe “promover a normatividade necessária para colmatar as lacunas provocadas pelo incumprimento das normas constitucionais”, enquanto que ao Poder Judiciário compete “promover a anulação das antinomias decorrentes de normas violadoras das

liberdades” (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2012, p. 209). Nas palavras do próprio Ferrajoli (2012, p. 34), “a reparação das lacunas [...] não é confiada ao ativismo interpretativo dos juízes, mas somente à legislação – e, por isto, à política [...]”. À jurisdição constitucional caberia a “anulação das normas inválidas [...], no que diz respeito às antinomias”. Portanto, para a teoria do garantismo, os juízes e tribunais poderiam, no máximo, apontar as lacunas, cabendo-lhes cientificar o Parlamento, como é previsto no art. 103, § 2º, da CF. A *interpositio legis* é necessariamente uma atribuição do Poder Legislativo (FERRAJOLI, 2012, p. 34).

Observa-se, assim, que Ferrajoli (2007) rejeita expressamente todas as teses e práticas do ativismo judicial, na medida em que o constitucionalismo garantista sustenta, precisamente: 1) a separação entre Direito e Moral postulada pelo positivismo, restando um nexos apenas contingente entre esses dois sistemas normativos, visto que essa conexão resulta no cognitivismo ético e faz com que o juiz deixe de ser intérprete para ser criador de normas; 2) que a diferença qualitativa entre princípios e regras enfraquece a normatividade da Constituição, já que separa os dispositivos constitucionais em dois níveis hierarquizados, além do que o uso indiscriminado de princípios insufla a adoção de teorias da argumentação, as quais avançam sobre atribuições do Poder Legislativo; 3) que a ponderação principialista favorece o decisionismo, relativizando a segurança jurídica e a submissão dos juízes à lei.

#### 4. CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA: ATIVISMO OU GARANTISMO?

Em todo o mundo, 70 países ainda tratam relações homoafetivas como crime. Em 26 deles, a pena máxima varia entre 10 anos de prisão e prisão perpétua. Em 6, o ordenamento jurídico prevê pena de morte. Os dados estão na 13ª edição do estudo “Homofobia Patrocinada pelo Estado”, divulgado em março de 2019 pela ILGA (Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais), maior organização mundial em defesa dos direitos LGBT. O relatório inclui o Brasil entre os países onde, embora a orientação sexual não seja criminalizada, o discurso de intolerância e a violência física são crescentes contra essa comunidade (ALFAGEME, 2019). Para se ter uma ideia, em 2019 no Brasil, de janeiro a junho (mês do julgamento da ADO 26), 124 transexuais já haviam sido assassinados. Os vários indicadores colocam o Brasil na posição de líder mundial no *ranking* de assassinatos de pessoas

---

*trans* (BATISTA, 2020).

Devido à ausência de adequada proteção estatal no Brasil, sobretudo em razão da controvérsia gerada pela denominada “ideologia de gênero”, os integrantes da comunidade LGBT acham-se expostos a ações de caráter segregacionista, impregnadas de inequívoca intolerância e homofobia. Tais práticas retiram dessas pessoas, mediante discursos autoritários e excludentes, o reconhecimento da legitimidade de sua própria existência. Essa visão de mundo, ancorada na ideia artificialmente construída de que as diferenças biológicas entre homem e mulher devem determinar seus papéis sociais, impõe restrições às liberdades fundamentais daqueles que não seguem o padrão existencial heteronormativo, cuja pregação é incompatível com a diversidade e o pluralismo que caracterizam uma sociedade livre e democrática. Além disso, essa mesma visão impõe a observância de valores que desprezam a livre vocação afetiva de cada um, o que conduz à frustração de projetos pessoais de vida.

No caso da ADO 26, mais de trinta anos foram percorridos desde o início da vigência da CF, e dezoito, pelo menos, a contar da apresentação, perante a Câmara dos Deputados, de projeto de lei com algum intuito de dar implementação aos incisos XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”) e XLII (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”) do art. 5º da CF. Todavia, os projetos apresentados durante esse tempo nunca viraram lei, sendo essa, portanto, a omissão apontada pela referida ADO.

O alegado *direito à legislação*, invocado pelo autor da ADO 26, somente se faz presente quando também existir a previsão constitucional do *dever estatal de criar normas legais*. Na espécie, a CF positivou inquestionável mandado de incriminação: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI) e “a prática do racismo constitui crime [...], nos termos da lei” (art. 5º, XLII). A causa de pedir, portanto, tinha assento na própria CF, em previsão expressa.

Nesse contexto, concordando-se ou não com o mérito do julgamento da ADO 26, é possível extrair a seguinte premissa: a omissão do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à liberdade de orientação sexual e identidade de gênero dos indivíduos traduz situação configuradora de ilicitude, em afronta ao texto da CF, por se tratar de manifesto inadimplemento de obrigação jurídica indeclinável. A

questão subjacente é saber até onde deveria ir a atuação legítima do Poder Judiciário diante de tal omissão inconstitucional.

Nesse passo, a ação direta de constitucionalidade por omissão deve ser vista como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais com eficácia frustrada pela omissão injustificada do poder público. Além disso, referida ação constitucional obsta que se degrade a CF à condição subalterna de estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.

A existência meramente formal de norma regulamentadora não é suficiente para afastar a omissão legislativa, pois tal norma, além de existir formalmente, “tem que possuir um conteúdo essencial que viabilize o exercício dos direitos assegurados constitucionalmente” (SANTIAGO; MAGALHÃES, 2019, p. 215). Sendo assim, em que pese existir formalmente a Lei n. 7.716/1989, que define os crimes de racismo, tem-se a omissão inconstitucional se no conceito de racismo, trazido por essa Lei, não se puder incluir o preconceito contra orientação sexual e identidade de gênero.

Diante das circunstâncias do presente caso e reconhecida a existência de mora imputável ao Poder Legislativo, havia, para o STF, duas possibilidades de solução: 1) cientificar o Congresso Nacional para a adoção, em prazo razoável, das medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, § 2º, c/c Lei n. 9.868/1999, art. 12-H, *caput*); ou 2) lançar mão de interpretação conforme a Constituição, no sentido de reconhecer, de imediato, que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se na noção conceitual de racismo prevista na Lei n. 7.716/1989.

Cumprir observar que o mero apelo ao legislador tem se revelado solução ineficaz ao longo da vigente ordem constitucional, em razão da indiferença ou recalcitrância do Poder Legislativo, o qual, diante de inúmeras decisões anteriores do STF, persistiu em estado de mora quanto à prestação legislativa que lhe incumbia promover. Diante disso, o STF, ao longo dos últimos trinta anos, evoluiu no plano jurisprudencial em busca da construção de soluções que pudessem fazer cessar esse estado de inconstitucional omissão normativa. A propósito, a Corte tem reconhecido, em sucessivos precedentes, que o retardamento abusivo na regulamentação legislativa do texto constitucional, não obstante a existência de projetos de lei em tramitação, qualifica-se como requisito autorizador da concessão da ordem injuncional.

Ao trilhar aquele segundo caminho (lançar mão de interpretação conforme a

Constituição), o Supremo ratificou jurisprudência já consagrada, a partir do julgamento do HC 82.424/RS (*caso Ellwanger*), e aplicou, novamente, o conceito de *racismo social*. No referido julgado (2003), em que se discutia se o judaísmo seria uma raça, para fins de enquadramento ou não do antissemitismo como crime de racismo, o STF assentou a irrelevância da extensão conceitual do termo *raça*, porquanto “a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social” (excerto da ementa do HC n. 82.424/RS), de modo que a noção de racismo – para efeito de subsunção nos tipos penais da Lei n. 7.716/1989 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica. Cabe registrar, no ponto, a censura manifestada pelo STF, no julgamento daquele HC, contra a defesa da ideia subjacente à teoria racial que propõe a subdivisão artificial da espécie humana em agrupamentos raciais distintos.

Na ADO 26, por sua vez, o colegiado, por maioria, fixou a seguinte tese:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei n. 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, ‘in fine’).

Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio, os quais entenderam que a Corte deveria apenas notificar o Congresso acerca da mora legislativa. Reafirmou-se, nesse julgado, portanto, que o racismo projeta-se numa dimensão abertamente cultural e sociológica, a abranger, inclusive, as agressões injustas resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas por orientação sexual ou identidade de gênero.

Por óbvio, o processo interpretativo dos textos legais e da Constituição não importa em usurpação das atribuições institucionais dos demais poderes da República. Algumas normas jurídicas apresentam elevado grau de polissemia, o que franqueia ao Poder Judiciário, especialmente ao STF, o poder-dever de, no mister hermenêutico, revelar, dentre os múltiplos sentidos extraíveis, quais os que atendem a Constituição e lhe dão efetividade. Nessa contextura, o pedido apresentado na ADO 26 alegou que o conceito de “raça”, que compõe a estrutura normativa dos tipos penais incriminadores



previstos na Lei n. 7.716/1989, tem merecido múltiplas interpretações, revestindo-se, por isso, de inegável conteúdo polissêmico.

A constatação quanto à presença de um mandado constitucional de criminalização no tocante a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, incluída a de orientação sexual e de identidade de gênero, somada à existência de múltiplas possibilidades semiológicas propiciadas pelo conteúdo normativo da ideia de “raça”, foram as justificativas para a utilização do método da interpretação conforme, levando-se em conta os fins a que se destina a Lei n. 7.716/1989. A solução adotada pelo Supremo não fez uso da aplicação analógica, *in malam partem*, das normas penais previstas na Lei de combate ao racismo, nem implicou a formulação de tipos criminais ou a cominação de penas sem base legal.

É certo que, considerado o princípio constitucional da legalidade estrita em matéria penal (art. 5º, XXXIX, da CF), o tema atinente à definição de tipo penal e à cominação de sanção subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de parlamento. Assim, somente teria o STF desbordado de seu papel constitucional se, no controle abstrato de constitucionalidade, colmatasse a omissão denunciada, procedendo à tipificação penal de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Mas não foi o que ocorreu. Diferente disso, a solução apresentada pelo STF limitou-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (Lei n. 7.716/1989), ao reconhecer que os atos de homofobia e de transfobia constituem manifestações de racismo, compreendido este na sua dimensão social (*racismo social*).

Em síntese, ao aplicar, com efeitos prospectivos, a Lei n. 7.716/1989, a fim de estender à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero a tipificação prevista para os crimes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, até que sobrevenha lei específica do Poder Legislativo, o STF confirmou o precedente do *caso Ellwanger* (HC 82.424/RS), de modo que a extensão prospectiva da lei de discriminação racial, até a edição específica de norma pelo Poder Legislativo, não viola nenhum princípio constitucional, nem mesmo o da anterioridade da lei penal. Dito de outra forma: enquanto o Congresso Nacional permanecer no estado de *inertia deliberandi*, incide a Lei do Racismo, não por analogia ou

interpretação extensiva, mas porque, no conceito de racismo firmado pelo STF, incluem-se os atos de discriminação em razão de orientação sexual ou identidade de gênero.

Ao fim e ao cabo, o Acórdão da ADO 26 revelou a função contramajoritária que incumbe ao STF desempenhar, no âmbito do Estado Democrático de Direito, na concretude da proteção às minorias contra eventuais excessos da maioria ou contra omissões do Estado na implementação dos direitos daqueles que sofrem as consequências da exclusão jurídica, do preconceito e da discriminação. Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente formal, compete ao Poder Judiciário assegurar também às minorias a plenitude dos direitos fundamentais.

Não obstante tudo que foi dito até aqui, o Acórdão da ADO 26 sofreu duras acusações de excesso de ativismo judicial (aquele deletério, que vimos na seção sobre o ativismo judicial e suas modalidades). Aqui reside o ponto central deste ensaio: tentar desconstruir essa ideia de que referido *decisum* representaria atentado à regra da separação de poderes, por supostamente ter o STF atuado como “legislador positivo” e criado um novo tipo penal, vulnerando o postulado da reserva de parlamento.

O primeiro ponto a merecer destaque diz respeito à questão da *interpositio legis*. Conforme visto linhas acima, o garantismo defende que promover a normatividade necessária para colmatar as lacunas provocadas pelo incumprimento das normas constitucionais é atribuição exclusiva do Poder Legislativo. Já o ativismo judicial, por se valer do método da ponderação, permite a aplicação direta de princípios constitucionais na solução da controvérsia judicial, independentemente de haver ou não lei aplicável à *fattispecie*. Pois bem, no caso da ADO 26, o STF valeu-se de lei preexistente – Lei n. 7.716/1989 – acerca da criminalização do racismo. Conforme demonstrado, não houve ali o uso de analogia, tampouco a dispensa da *interpositio legis*, muito menos aplicou-se a técnica da ponderação de princípios. Ao contrário, utilizou-se a técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição para se fazer a leitura sistemática da Lei Antirracismo.

Por definição, a técnica da interpretação conforme destina-se a neutralizar violações constitucionais. Em vez de declarar a norma inconstitucional, o Tribunal escolhe a alternativa interpretativa que conduz a um juízo de constitucionalidade. Trata-se de técnica de “eliminação de uma interpretação desconforme. [...] Ela é feita

para descartar aquela particularizada interpretação que, incidindo sobre um dado texto normativo de menor hierarquia impositiva, torna esse texto desconforme à Constituição” (STF, ADPF 54-QO, voto vista do Min. Carlos Britto, em 27-4-2005).

Segundo o STF, a Lei n. 7.716/1989, ao deixar a liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero fora do campo de proteção do tipo penal do racismo, incorreu em omissão inconstitucional, na medida em que não haveria razão jurídica legítima para o discrimen entre punir o preconceito de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional e não fazê-lo em relação à homotransfobia – preconceito igualmente grave e merecedor de tutela estatal. “Deixar a homofobia fora da lista de discriminações que a lei penal sanciona é relegar um sem-número de cidadãos a uma cidadania de segunda classe”, pondera Rios (2015, p. 342). Daí por que a interpretação *constitucional* da Lei n. 7.716/1989 seria somente aquela que venha a aplicar ao conceito de racismo a sua dimensão social.

Para a doutrina garantista, a decisão judicial não deve ser construída a partir do senso de justiça do julgador, tampouco de seus valores morais, devendo, isto sim, ser elaborada por meio de “interpretação sistemática baseada em parâmetros normativos já existentes no ordenamento jurídico. Trata-se de uma estratégia de efetivação da Constituição sob uma perspectiva garantista”, afirmam Santiago e Magalhães (2019, p. 225). Nesse horizonte, valendo-se da dimensão social do racismo, em detrimento da meramente biológica, o STF considerou que somente reverencia a Constituição a interpretação da Lei Antirracismo que inclua a homotransfobia como crime correlato. Por esse prisma, entende-se não ter havido a supressão da *interpositio legis*, como sói ocorrer nas decisões ativistas. Não se pode rotular de “ativista” uma decisão judicial pelo fato de ter esta utilizado a técnica da interpretação conforme, pois, do contrário, o simples ato de *interpretar* – função precípua do Poder Judiciário – será sempre um exercício de ativismo judicial. Será que somente é garantista o juiz “boca da lei”? Não faz sentido.

Com efeito, a bandeira política do garantismo é reduzir as divergências existentes entre o *dever ser constitucional* e a *realidade do direito vigente*, firmando um compromisso com a rigidez constitucional (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2010, p. 284-285). Nesse caso, quando o STF aproxima o *dever ser constitucional*, contido nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF, do *ser infraconstitucional*, contido na Lei Antirracismo, não estaria ele sendo ativista. O tal compromisso garantista com a rigidez

constitucional é o que permite a uma corte constitucional fazer valer garantias expressas na Constituição, a partir da interpretação de lei emanada do parlamento. Ou então, será que em nome do garantismo, deve-se deixar sem eficácia um mandado constitucional de incriminação? Entende-se que não é isso que o garantismo prega. Ao contrário, trata-se de teoria cujo objetivo é “mobilizar as técnicas do direito positivo, que é nomoestático em relação aos direitos fundamentais, e efetivar a completude e coerência do próprio direito positivo: eis a perspectiva garantista do *Principia iuris et in iure*” (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2010, p. 293). Foi exatamente o que fez o Acórdão da ADO 26, daí por que atribuir-lhe a pecha do ativismo judicial nos parece um equívoco.

Reitere-se: a solução adotada pelo Supremo *não* fez uso da aplicação analógica, *in malam partem*, das normas penais previstas na Lei de combate ao racismo, *nem* implicou a formulação de tipos criminais ou a cominação de penas sem base legal. Também não houve a ponderação de princípios, tão cara aos entusiastas do ativismo. Teria, isto sim, agido o STF com ativismo judicial se colmatasse a omissão denunciada, procedendo à tipificação penal de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Mas não foi o que ocorreu. Diferentemente, a solução apresentada pela Corte limitou-se à mera subsunção, com efeitos prospectivos, de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (Lei n. 7.716/1989), ao reconhecer que os atos de homofobia e de transfobia constituem manifestações de racismo, compreendido este na sua dimensão social (*racismo social*).

Por fim, cumpre mencionar a questão jurisprudencial. Ao julgar a ADO 26, o STF reafirmou sua jurisprudência acerca do conceito de racismo, o qual, para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, deve ser compreendido em sua dimensão social, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma “construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade” (ADO 26/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgada em 20 e 21/02/2019).

Esta seria mais uma evidência de que, no caso, não teria havido ativismo judicial, pois desde 2003, a partir do caso Ellwanger (HC 82.424/RS), o STF utiliza a dimensão do *racismo social* na aplicação da Lei n. 7.716/1989. Naquela assentada, a

Corte afirmou a “compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo”, ao lançar mão da “interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma” (HC 82424, rel. Min. Moreira Alves, rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003).

Não se pode confundir, portanto, *judicial review* com *judicial activism*. Aquele significa o controle judicial da legitimidade constitucional de atos normativos, enquanto este indica a postura do juiz que avoca para si o papel de “legislador positivo”. Por tudo quanto foi dito até aqui, o Acórdão da ADO 26 se nos afigura como legítimo exercício do poder de revisão judicial, sem que tenha havido ativismo judicial.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Acórdão da ADO 26, ao considerar as práticas homotransfóbicas como espécies do gênero racismo para criminalizá-las, não fez uso de analogia ou de interpretação extensiva, não dispensou a *interpositio legis*, nem aplicou o método da ponderação de princípios, soluções comuns ao ativismo judicial. Ao contrário, utilizou-se a técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição para se fazer a leitura sistemática da Lei Antirracismo (n. 7.716/1989).

Especificamente quanto ao problema da *interpositio legis*, o garantismo defende que promover a normatividade necessária para colmatar as lacunas provocadas pelo incumprimento das normas constitucionais é atribuição exclusiva do Poder Legislativo. No caso da ADO 26, o STF valeu-se de preexistente estatuto emanado do parlamento – Lei n. 7.716/1989 –, acerca da criminalização do racismo. A Corte considerou que somente reverencia a Constituição a interpretação da Lei Antirracismo que inclua a homotransfobia como crime correlato. Por esse prisma, entende-se não ter havido a supressão da *interpositio legis*, como sói ocorrer nas decisões ativistas. Agindo assim, o STF reafirmou sua jurisprudência, firmada a partir do caso *Ellwanger*, acerca do conceito de racismo, o qual, para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, deve ser compreendido em sua dimensão social (*racismo social*).

A constatação quanto à presença de um mandado constitucional de

criminalização no tocante a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, incluída a de orientação sexual e de identidade de gênero, somada à existência de múltiplas possibilidades semiológicas propiciadas pelo conteúdo normativo da ideia de “raça”, foram as justificativas para a utilização do método da interpretação conforme, levando-se em conta os fins a que se destina a Lei n. 7.716/1989.

Ao aproximar o *dever ser constitucional*, contido nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF, do *ser infraconstitucional*, contido na Lei Antirracismo, estaria o STF sendo garantista. O compromisso do garantismo com a rigidez constitucional é exatamente o que permite a uma corte constitucional fazer valer garantias expressas na Constituição, a partir da interpretação de determinada lei emanada do parlamento. Com efeito, a teoria de Ferrajoli tem por objetivo mobilizar as técnicas do direito positivo, que é nomoestático em relação aos direitos fundamentais, para efetivar a completude e a coerência do próprio direito positivo.

Se se tiver que alocar a ADO 26 dentro de uma classificação binária do tipo “ativismo *versus* garantismo”, não nos resta dúvida de que, na espécie, teria o STF se pautado sobremaneira por fundamentos garantistas. Contudo, ao que nos parece, a discussão e as críticas sofridas pelo referido Acórdão situam-se muito mais no campo da disjuntiva “progressismo *versus* conservadorismo”, embate que vem ganhando força nos últimos anos no Brasil, estimulado pela polarização política pós-Operação Lava Jato.

## REFERÊNCIAS

ALFAGEME, Ana. Morrer por ser gay: o mapa-múndi da homofobia. **El País**, 22 mai. 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/19/internacional/1553026147\\_774690.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/19/internacional/1553026147_774690.html). Acesso em: 28 mai. 2020.

BATISTA, Fabiana. Brasil registra 124 assassinatos de transexuais em 2019, segundo dossiê. **UOL**, 29 jan. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/01/29/dossie-de-violencia-contra-pessoas-trans-em-2019.htm>. Acesso em: 28 mai. 2020.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo** – um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 207-227.

---

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 278-302, jan./jun. 2010

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Brasília, v. 57, n. 225, p. 165-179, jan./mar. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo** – um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemologia jurídica y garantismo**. Ciudad de México: Fontamara, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria do direito e da democracia. Bari: Laterza, 2007. (Partes 1, 2 e 3).

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Ed. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Trad. Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v.3 (1), p. 34-41, jan./jun. 2011.

MARSHALL, Willian P. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, Chapel Hill, n. 73, p. 101-140. 2002.

MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). **Do espírito das leis**. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 527-561, jul./dez. 2011.

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo judicial e direito**: considerações sobre o debate

---

contemporâneo. Direito, Estado e sociedade. Rio de Janeiro: PUC, 2000.

RIOS, Roger Raupp. Perspectivas e tensões no desenvolvimento dos Direitos Sexuais no Brasil. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Brasília, a. 52, n. 207, p. 331-353, jul./set. 2015.

SANTIAGO, Nestor; MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. Mandado de injunção e garantismo: a insuficiência das normas regulamentadoras. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 01, p. 208-229. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, p. 37-57. 2012.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio;

TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 95-131.

VERDE SOBRINHO, Luis Lima. Ativismo cego, espada amolada: ensaio sobre revisão judicial de atos políticos. **Resenha Eleitoral (TRE-SC)**, Florianópolis, v. 24, n. 1, p. 105-128. 2020.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Nova York: Rowman & Littlefield, 1994.

Recebido em 24/04/2021

Aprovado em 14/10/2021

Received in 24/04/2021

Approved in 14/10/2021