



DA FUNÇÃO NORMATIVA DO STF EM MATÉRIA PENAL

CRISTIANO ELIAS

Professor Titular do Programa de Pós-Graduação e da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Doutor em Direito Penal da Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito do Estado da Universidade de São Paulo - USP. Advogado.

ALICE PINHEIRO DE ABREU MAC ARTHUR

Resumo: A pesquisa será realizada a partir da análise da legislação, doutrina e jurisprudência, adotando-se o método histórico e analítico; partindo-se da seguinte problematização: O Supremo Tribunal Federal pode exercer função normativa em Direito Penal, sem que extrapole a sua competência, ou ainda o princípio da tripartição de poderes? Buscar-se-á analisar de forma crítica a função normativa do Supremo Tribunal Federal (STF) no Direito Penal, bem como apresentar um panorama de decisões do STF em que é clara a função normativa exercida pelo órgão em matéria de Direito Penal; problematizar essa função normativa dentro do contexto jurídico contemporâneo; criticar a função normativa, exercida pelo STF, à luz da reserva legal e do arcabouço constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Supremo Tribunal Federal; direito penal.

Abstract: The research will be carried out from the analysis of legislation, doctrine and jurisprudence, adopting the historical and analytical method; starting from the following problematization: Can the Supreme Court exercise a normative function in Criminal Law, without extrapolating its competence, or even the principle of the tripartition of powers? It will seek to critically analyze the normative function of the Supreme Federal Court (STF) in Criminal Law, as well as to present an overview of STF decisions in which the normative function exercised by the body in the field of Criminal Law is clear; problematize this normative function within the contemporary legal context; to criticize the normative function, exercised by the STF, in the light of the legal reserve and the Brazilian constitutional framework.

Keywords: Judicial activism; Supreme Court; criminal law.

Introdução

Sabe-se que a tripartição de poderes é um dos princípios básicos e inerentes às democracias modernas, desde Montesquieu, efetivamente. Assim, o executivo, o legislativo e o judiciário compõem os três poderes que constituem e fundamentam o exercício democrático dos poderes políticos.

Nessa esteira, o objeto central da presente pesquisa se dá no estudo do Supremo Tribunal Federal (STF), que é o órgão máximo do Poder Judiciário, sendo a sua função zelar pela Constituição da República Federativa do Brasil. Além da função de guardião da Constituição Federal, o STF pode propor projetos de lei, em questões relacionadas ao judiciário, julga ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) e ações declaratórias de constitucionalidade; compõe-se por onze ministros e três órgãos, Plenário, duas Turmas e o Presidente do Supremo.

Ocorre que, sob a égide da contínua evolução da sociedade e seus instrumentos normativos, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que cabe ao Poder Judiciário acompanhar os anseios sociais quando o Poder Legislativo não o faz com a celeridade desejada, o que acaba por instituir um sistema legislativo indireto, haja vista a criação de súmulas com características imperativas reservadas à própria Lei, em verdadeira afronta à tripartição de poderes, como dito, um dos pilares sustentáculos do Estado Democrático de Direito.

Três exemplos paradigmáticos podem ser instrumentalizados na realização dessa pesquisa, quais sejam, a criminalização da homofobia e da transfobia, equiparando-as ao racismo, a descriminalização do aborto e a posse de *cannabis sativa* para consumo. Em tais casos o STF exerce, ou exerceu, função atípica, seja para criar um novo tipo penal, como no primeiro caso, seja para extinguir outro, como nos dois últimos casos.

Diante da gritante incompetência do STF no que se refere à normatização concernente ao Direito Penal, tanto processual quanto material, bem como a inobservância dos princípios constitucionais da tripartição de poderes, bem assim o princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito, mister se faz a concepção de uma análise crítica pertinente ao tema, a fim de verificar as afrontas constitucionais exercidas pelo principal

guardião da Constituição Federal, para então desenvolver uma crítica ao aparente paradoxo que aqui se engendra.

A pesquisa será realizada a partir da análise da legislação, doutrina e jurisprudência, adotando-se o método histórico e analítico; partindo-se da seguinte problematização: O Supremo Tribunal Federal pode exercer função normativa em Direito Penal, sem que extrapole a sua competência, ou ainda o princípio da tripartição de poderes? Buscar-se-á analisar de forma crítica a função normativa do Supremo Tribunal Federal (STF) no Direito Penal, bem como apresentar um panorama de decisões do STF em que é clara a função normativa exercida pelo órgão em matéria de Direito Penal; problematizar essa função normativa dentro do contexto jurídico contemporâneo; criticar a função normativa, exercida pelo STF, à luz da reserva legal e do arcabouço constitucional brasileiro.

1. Do ativismo judicial

O vocábulo ativismo judicial refere-se a um termo complexo, ambíguo, o que, conseqüentemente gera pertinentes discussões acerca de si. De modo geral, aplica-se para a designação de situações em que o Poder Judiciário age para além dos poderes que lhe são conferidos pela Constituição Federal, quando da tripartição de poderes. A ambiguidade do vocábulo decorre, inclusive, de sua própria origem, que é um tanto quanto incerta:

Vanice Regina Lírio do Valle assevera que o termo ativismo judicial, conquanto se refira ao meio jurídico, *nasceu com a publicação de um artigo na revista americana Fortune, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual ele traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte. Ainda, segundo a autora, desde então, o termo vem sendo utilizado, normalmente, em uma perspectiva crítica quanto à atuação do poder judiciário.*¹ (grifo nosso)

Outra hipótese sugere que a origem do termo se deu em 1916 na imprensa belga, “Porém, foi consagrado nos Estados Unidos da América, em face da postura adotada pela Suprema Corte no julgamento de determinados casos, que tiveram efeitos mais abrangentes”.² Da leitura das duas hipóteses, infere-se que:

A consulta das duas fontes elementares – ainda que prestigiadas – de conceituação no Direito norte-americano, *Merriam-Webster's Dictionary* e *Black's Law Dictionary*, evidencia que, já de origem o termo “ativismo” não encontra consenso.

¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21 *apud* ALMEIDA, Vicente Paulo de. *Ativismo judicial*. Disponível em: <<https://joaomartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/157291066/ativismo-judicial>> Acesso em 20 set. 2019.

² Id.

No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, não obstante sê-lo um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual desses campos. (grifo nosso)

Diante de tamanha abrangência para os significados do vocábulo, uma sistematização se fez necessária, baseando-se na utilização doutrinária, bem como jurisprudencial do termo ativismo judiciário, utilizado hodiernamente:

- a) a prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados de outros poderes; b) estratégia de não aplicação dos precedentes; c) *conduta que permite aos juízes legislar “das salas das sessões”*; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultados pré-determinados.³ (grifo nosso)

Diante da sistematização supramencionada, é lícita a conclusão de que o ativismo judicial está intrinsecamente ligado ao fenômeno da judicialização da política, inclusive podendo-se observar no fenômeno em comento uma série de fatores dependentes do sistema político democrático, entre os quais, menciona-se: “a separação dos poderes; o exercício dos direitos políticos; o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; a inefetividade das instituições majoritárias; a transferência dos poderes decisórios de outros poderes ao Poder Judiciário”.⁴

Às palavras de Luís Roberto Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. 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. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retratação do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.⁵

³ Id.

⁴ ALMEIDA, Vicente Paulo de. *Ativismo judicial*. Disponível em: <<https://joamartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/157291066/ativismo-judicial>> Acesso em: 22 set. 2019.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 22 set. 2019.

Do exposto, infere-se dois aspectos que podem ser considerados como possíveis vantagens proporcionadas pelo ativismo judicial, quais sejam, “a proteção contramajoritária, quando o Judiciário guarda e garante os direitos da minoria que não lograria obtê-la no Parlamento”;⁶ e “a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em atuação proativa, no papel de guardião das políticas públicas que envolvem direitos fundamentais”.⁷

Em contraponto, verifica-se também as hipóteses que fundamentam as críticas ao ativismo judicial: “a ausência de legitimidade democrática dos juízes (não são eleitos), impossibilitando-se avaliar a vontade do povo”; “o risco sério e agudo de politização judicial” e; “a possibilidade de ultrapassar a capacidade institucional do Judiciário”.⁸ (grifo nosso)

Inobstante, cumpre-nos ressaltar que a atuação ativista por parte do judiciário sofre um movimento pendular, uma vez que pode estar associada a uma ideologia mais progressista, como também pode estar associada a uma ideologia conservadora; o que, para todos os efeitos, indica uma distorção no exercício da função jurisdicional.

1.1. Análise do habeas corpus 124.306 - RJ

O julgamento *Habeas Corpus* 124.306 Rio de Janeiro, HC 124.306/RJ, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) refere-se à descriminalização do aborto voluntário até o terceiro mês de gestação, conforme o julgamento:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos

⁶ SALOMÃO, Luis Felipe. *Ativismo judicial: para quem e por quê?*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial-para-quem-e-por-que>> Acesso em 23 set 2019.

⁷ Id.

⁸ Id.

fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a 2 igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.⁹ (grifo nosso)

Da ementa infere-se que o *habeas corpus* sob estudo, refere-se a um pedido de medida cautelar de afastamento da prisão provisória, em que os pacientes realizavam abortos clandestinos em uma clínica. Ocorre que, enquanto substitutivo do recurso apropriado, que seria o recurso ordinário constitucional, o *writ* acarretaria a extinção sem apreciação de mérito, entendimento até então predominante do STF; todavia o *habeas corpus* “[...] não só foi recebido e provido, como deflagrou uma nova frente de discussão acerca da inconstitucionalidade do crime de aborto”.¹⁰

Nesse sentido, diz-se “nova frente” com vistas ao julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 54, bem como da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 5.581 cumulada com ADPF, que respectivamente tratam do aborto de fetos anencéfalos e microcefalia, a princípio, decorrente do *Zika Vírus*.

[...] no ano de 2012, a Corte teve uma oportunidade inédita de enfrentar esse tema [aborto] por ocasião do julgamento da ADPF 54, em que se autorizou a antecipação terapêutica do parto para interromper a gestação do feto diagnosticado com anencefalia. Embora os votos dos ministros tenham apenas tangenciado a questão mais delicada que permeava o caso – os contornos do direito à vida, em si-, a ação postulava a interpretação conforme a Constituição, dos artigos 124, 126, *caput* e 128,

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 124.306 - RJ. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em 10 out. 2019.

¹⁰ GERVASONI, Tássia Aparecida; DIAS, Felipe da Veiga. *Jurisdição constitucional e a questão do aborto a partir do HC 124.306/RJ*. Revista Estudos Institucionais. v. 3. n. 2, 2017, p. 1300.

I e II, do Código Penal, o que, sem dúvida, permitiria a análise sobre eventual inconstitucionalidade material do tipo penal atacado.¹¹

Ainda:

Para o ano de 2017, [...] encontra-se na pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.581 (cumulada com ADPF), que, em demanda ajuizada em agosto de 2016 pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), pretende assegurar, dentre outros direitos, a possibilidade de mulheres comprovadamente infectadas pelo *Zika Vírus* interromperem a gestação.¹²

Nota-se que tanto a ADPF 54 quanto a ADI 5.581 possibilitam um retrospecto histórico acerca do julgamento do HC 124.306/RJ, ou seja, fundamentam precedentes acerca do objeto jurídico tratado. Assim sendo, aufere-se dois principais aspectos do julgamento do *writ*, quais sejam: I) um *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário constitucional, que em um primeiro momento não poderia ser admitido, em conformidade com a jurisprudência do STF vigente à época, mesmo que para se discutir algo tão necessário e delicado à realidade sócio-política brasileira e; II) “*as expectativas desse assunto premente (e de algum avanço na questão) estarem lançadas, mais uma vez, sobre a Corte Constitucional, ao invés do Legislativo*”.¹³ (grifo nosso). Quanto à primeira constatação, tem-se que:

Nesse momento, o que se pretende adicionar à investigação, para além do já constatado – *a inconsistência na argumentação que autoriza o recebimento de uma demanda historicamente recusada pela Corte e a dificuldade de compreensão quanto ao fator de distinção que justificaria tratamento tão diverso e dissonante dos demais precedentes - , diz respeito ao espaço “criado” pelos próprios Ministros para protagonizarem um debate que sequer era objeto (pelo menos não de modo direto) do pedido.*¹⁴ (grifo nosso)¹⁵

No que tange ao segundo aspecto:

¹¹ Id.

¹² Ibid., p. 1301.

¹³ Id.

¹⁴ Id.

¹⁵ “Uma busca simples nos projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados que contemplem, direta ou indiretamente, o termo ‘aborto’, revela 84 registros. As propostas são diversas, mas é possível perceber claramente uma tendência contrária à legalização: proibição de método de anticoncepção de emergência (pílula do dia seguinte) (PL 1413/2007); tipificação como crime contra a vida o anúncio de meio abortivo (PL 5069/2013); previsão de aumento de pena no caso de aborto cometido em razão de microcefalia ou anomalia do feto (PL 4396/2016); inclusão do aborto provocado por gestante, ou por terceiros, com o seu consentimento, como crime hediondo (PL 4703/1998; PL 3207/2008; PL 7443/2006); previsão de pensão e assistência à mãe e à criança nascida de gravidez decorrente de estupro (PL 3748/2008; PL 1763/2007); instituição do Dia Nacional de Conscientização Antiaborto (PL 5617/2016). De igual modo, a pesquisa por projetos de lei em tramitação no Senado Federal com a mês a chave de busca aponta quatorze resultados, destacando-se quatro destes projetos (PLS 312/2004, PLS 227/2004, PLS 183/2004 e PLS 50/2011), anteriores à decisão da ADPF 54, que autorizou a interrupção da gestação diante de diagnóstico de feto com anencefalia, já pretendiam a inclusão deste fato como causa excludente de antijuridicidade quanto ao crime de aborto (um possível inciso III no artigo 128 do Código Penal)”. In: GERVASONI, Tássia Aparecida; DIAS, Felipe da Veiga. Op. cit., p. 1302-1303.

Nesse momento, atinge-se um ponto que é representativo das questões mais emblemáticas das democracias constitucionais: quem, legitimamente, têm a “última palavra” sobre o significado da Constituição? Legisladores democraticamente eleitos ou juízes não sujeitos a maiorias ocasionais (e, assim, supostamente imparciais)? [...] *Por uma série de fatores, como a amplitude do texto constitucional, o sistema híbrido de controle de constitucionalidade e, notadamente, a crise de representatividade instaurada sobre os poderes majoritários, apenas para citar os mais flagrantes, não parece restar dúvidas de que, no cenário brasileiro hodierno, essa “autoridade final” encontra-se no Supremo Tribunal Federal.*¹⁶ (grifo nosso)

A análise do julgamento do HC 124.306/RJ, bem como dos dois próximos casos a serem analisados, representam de forma sintomática a atuação jurisdicional do STF, que ultrapassa em muito a sua competência constitucionalmente conferida¹⁷ na função de revisar, verificar, adequar as normas ao texto constitucional, assegurando que a legislação infraconstitucional contrária à Carta Magna, subsista no ordenamento jurídico. O STF toma para si a função normativa em matéria penal.

1.2. Análise do recurso extraordinário 635.659

O texto do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, Lei de Drogas poderá ser declarado inconstitucional por eventual provimento, pelo STF, do Recurso Extraordinário nº 635.659,¹⁸ corroborando-se a hipótese de que a Suprema Corte vem exercendo funções legislativas no que tange à matéria de direito penal, o que decorre de um ativismo judiciário que não se justifica por e, tampouco se confunde com o fenômeno da judicialização da política. Atualmente o artigo dispõe que:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

¹⁶ Ibid., p. 1304.

¹⁷ Artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 635.659*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>> Acesso em: 05 fev. 2020.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.¹⁹ (grifo nosso)

Inobstante a atual suspensão do julgamento do recurso supramencionado, em que até o momento três dos onze ministros já declararam seus votos, o relator Gilmar Mendes, que votou a favor da descriminalização de todas as drogas; “ e os ministros Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, ambos a favor da descriminalização da maconha”;²⁰ é possível a análise dos votos já proferidos, a fim de se confirmar a hipótese defendida, ainda que de forma sintetizada. Para tanto, segue-se os termos do provimento dado no voto do Ministro Edson Fachin:

[...] voto pelo provimento parcial do recurso nos seguintes termos, para: (i) *Declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343*, sem redução de texto, específica para a situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta; (ii) *Manter, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas*; (iii) *Manter a tipificação criminal das condutas relacionadas à produção e comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) e concomitantemente declarar neste ato a inconstitucionalidade progressiva dessa tipificação das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) até que sobrevenha a devida regulamentação legislativa*, permanecendo nesse ínterim hígidas as tipificações constantes do título IV, especialmente criminais do art. 33, e dispositivos conexos da Lei 11.343; (iv) *Declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante [...]*²¹

Depreende-se que, embora o Poder Legislativo tenha conferido tratamento diferente à figura do usuário e do traficante de drogas, hodiernamente, a lei não apresenta critérios objetivos para que se faça a distinção entre um e outro, não há um limite quantitativo previamente fixado por força de lei que configure o uso ou tráfico.

¹⁹ BRASIL. *Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 05 fev. 2020.

²⁰ BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. *Projeto Semear – Enfrentamento ao Alcool, Crack e outras Drogas. STF retomará julgamento sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal em 2019*. Disponível em: < <http://www.site.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=3253>> Acesso em: 05 fev. 2020.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 635.659*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>> Acesso em: 05 fev. 2020.

Veja-se que enquanto o Ministro Edson Fachin declara como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e tráfico; o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu “o limite de até 25 (vinte e cinco) gramas de maconha como parâmetro para caracterizar o uso”.²² (grifo nosso) Notar-se-á o exercício de função normativa em matéria penal.

Quanto ao RE 635.659, é possível indagar-se também quanto ao:

[...] conflito dos direitos constitucionais protegidos, de um lado, temos a proibição do porte de drogas para o consumo pessoal, tendo em vista o direito coletivo à saúde e à segurança, assegurados pelos artigos 144 e 196 da Constituição Federal, de outro, a garantia fundamental resguardada no artigo 5º, inciso X, que trata da inviolabilidade à vida privada, à honra, imagem, o direito à intimidade e o direito do indivíduo se autodeterminar, sendo livre a praticar qualquer conduta que não ultrapasse sua esfera íntima.²³ (grifo nosso)

Ademais, tangente ao direito coletivo à saúde, há de se considerar que, na hipótese de que a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas se torne o novo entendimento jurisprudencial, o STF desconsiderará a política de drogas vigente, que, em sentido oposto, opta pela criminalização dos atos e condutas relacionados ao uso de drogas.

O art. 28 da Lei de Drogas não deve ser visto isoladamente, como se não estivesse inserido num contexto maior, que lhe dá sentido e suporte. De fato, o dispositivo legal em questão insere-se na política pública sobre drogas, sendo essencial para esta. A sua alteração ou extirpação do ordenamento jurídico afetará, diretamente, a atual política nacional sobre drogas – e o STF deve considerar os impactos de sua decisão. Isso ocorre tendo em vista a unidade do ordenamento jurídico.²⁴ (grifo nosso)

Corroborando-se, “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”.²⁵ Assim sendo:

Após a apresentação do argumento atinente à desconsideração da política nacional sobre drogas, evidenciar-se-á o descabimento, nesse mesmo caso das drogas, da atuação concretista, que permite ao Supremo Tribunal Federal, mediante decisão, suprir o vácuo legislativo decorrente da inércia do Poder Legislativo.²⁶ (grifo nosso)

²² SIMONASSI, Vanessa Perpétuo. *Supremo Tribunal Federal e a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal: breve análise do Recurso Extraordinário RE 635.659*. Disponível em: <<https://vanessaperpetuosilva.jusbrasil.com.br/artigos/535710246/supremo-tribunal-federal-e-a-descriminalizacao-do-porte-de-drogas-para-consumo-pessoal-breve-analise-do-recurso-extraordinario-re-635659?ref=feed>> Acesso em: 08 fev. 2020.

²³ Id.

²⁴ KURKOWSKI, Rafael Schwez; FORNI, João Paulo. *Análise da legitimidade do STF para alterar a política pública nacional sobre drogas no âmbito do controle de constitucionalidade*. Revista da AGU. Brasília – DF. v.17. n.01 (jan./mar), 2018. p. 292.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: UnB, 1999, p. 19.

²⁶ KURKOWSKI, Rafael Schwez; FORNI, João Paulo. Op. cit., p. 292.

Este último apontamento, onde se indica o ativismo judicial do STF sob o fundamento de suprir eventual vácuo legislativo decorrente da inércia do Poder Legislativo, será melhor analisado no tópico a seguir.

1.3. Análise da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 (ADO 26/DF)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal (ADO 26/DF) foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), 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 e discriminação motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88). [...] a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras ²⁷ [...] (grifo no original)

Inclusive, ao final da peça, os pedidos realizados através da ação foram os seguintes:

- (a) Seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constante do art. 5º, inc. XLII, da CF/88, já que elas inferiorizam as pessoas LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras [...] (b) seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e transfobia; (c) cumulativamente, seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar a legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia [...] (d) caso transcorra o prazo fixado pela Suprema Corte, seja efetivamente tipificada a homofobia e a transfobia como crime específico e fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia ²⁸ [...] (grifo nosso)

Posto isso, deve-se frisar que o julgamento do tema não se restringe à ADO 26, mas também engloba o Mandado de Injunção coletivo 4.733, proposto pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) contra o Congresso Nacional, “[...] em que se busca obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 - DF*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/ado-26-voto-alexandre-moraes.pdf> > Acesso em: 25 mai. 2020.

²⁸ Id.

[...] (diante de) *mora inconstitucional do Congresso Nacional no alegado dever de editar legislação criminal*”.²⁹ (grifo nosso) Destarte, em fevereiro do ano de 2019,

[...] as ações tiveram os votos dos relatores. *Ambos os ministros entenderam que há omissões do Congresso nacional ao não editar lei que criminalize atos de homofobia e transfobia e, enquanto não sobrevém legislação específica sobre a matéria, atos homotransfóbicos devem ser enquadrados na lei de racismo.* Naquela ocasião, os ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barros acompanharam os relatores.³⁰ (grifo nosso)

Inobstante, antes que a votação da matéria fosse retomada, foi informado pelo Ministro relator Celso de Mello o recebimento de um comunicado do Senado de que a CCJ aprovou “projeto que criminaliza a homofobia e outro que inclui mulheres trans na lei Maria da Penha”,³¹ Engendrando-se a questão da pertinência do julgamento, haja vista a mobilização do Poder Legislativo, ao que afirmou:

Não tem sentido a inércia dos órgãos estatais, evidenciadora de comportamento manifestamente inconstitucional, possa ser tolerada. Não se diga, portanto, *que a existência de proposições legislativas em curso de tramitação prejudicaria o normal processamento e a definitiva conclusão do presente julgamento, pois a mera apresentação de projeto de lei não garante por si só a certeza de sua aprovação.*³² (grifo nosso)

Assim, deu-se prosseguimento ao julgamento:

A ministra (Rosa Weber) acompanhou os relatores *reconhecendo a omissão do Poder Legislativo em editar lei sobre a matéria.* Para Rosa Weber, a questão é urgente e atos homotransfóbicos devem ser enquadrados na lei de racismo, por entender que essa prática reflete “reprovável comportamento” de inferiorização e discriminação das pessoas. [...]

*Luiz Fux também votou no mesmo sentido. O ministro iniciou seu voto trazendo dados “alarmantes” sobre a violência física, essas pessoas também são submetidas à violência simbólica*³³ [...] (grifo nosso)

A conclusão do julgamento se deu nos seguintes termos:

Por maioria, o Plenário aprovou a tese proposta pelo relator da ADO, ministro Celso de Mello, formulada em três pontos. O primeiro prevê que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/2018 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. No segundo ponto, a tese prevê que a repressão penal à prática de homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de injunção 4.733 - DF*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>> Acesso em: 25 mai. 2020.

³⁰ STF: *Maioria vota pela criminalização da homofobia e transfobia*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/302942/stf-maioria-vota-pela-criminalizacao-da-homofobia-e-transfobia>> Acesso em: 30 mai. 2020.

³¹ Id.

³² Id.

³³ Id.

*que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Finalmente, a tese estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis. Ficou vencido o ministro Marco Aurélio.*³⁴ (grifo nosso)

Quanto à omissão legislativa do Congresso Nacional acerca do tema, muito pertinente se mostra a seguinte constatação:

*[...] os pontos de semelhança existentes no reconhecimento desses direitos de pessoas LGBT são o fato de partirem de pronunciamentos judiciais do STF demarcados pela formação de divergências internas e que o Poder Legislativo não se mantém inerte a tais pronunciamentos, movimentando-se no exercício das funções reformadoras e deferentes do Poder Judiciário. Essas recentes movimentações dos Poderes Judiciário e Legislativo em torno dos direitos das pessoas LGBT revelam, ainda, a necessidade de seguir acompanhando e analisando a maneira como esses direitos vêm sendo criados juridicamente no Brasil, como forma de compreender o funcionamento das instituições, especialmente quando se trata de direitos de minorias sociais.*³⁵ (grifo nosso)

Ultrapassando-se tal constatação, bem como verificada a extrema necessidade da tutela dos direitos de minorias, há de se ponderar que, conforme o texto constitucional, há impossibilidade de suprir judicialmente omissão legislativa na esfera do direito penal, face ao princípio da reserva legal penal, artigo 5º, XXXIX, da Carta Magna. Corroborando-se, a edição de normas penais está sujeita ao princípio da reserva legal, de modo que a lei, em sentido estrito, é somente aquela norma produzida pelo Congresso Nacional, “sendo competência privativa da União legislar sobre Direito Penal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal³⁶)”, conforme melhor se analisará no próximo capítulo.

2. Da crítica ao ativismo judicial tendo em vista a função jurisdicional e a reserva legal

A crítica ao ativismo judicial exige, portanto, a construção de argumentos baseados em normas constitucionais como a da separação dos poderes, da reserva legal em matéria penal. Portanto, a análise é jurídica.

2.1. Da tripartição de poderes na Constituição Federal de 1988

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>> Acesso em: 30 mai. 2020.

³⁵ BUZOLIN, Lívia Gonçalves. *Direito homoafetivo: criação e discussão nos poderes judiciário e legislativo.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 144.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de injunção 4.733 - DF.* Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>> Acesso em: 30 mai. 2020.

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe em seu artigo 2º que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, consagrando-se como cláusula pétrea, conforme o texto do artigo 60, § 4º, III: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação de poderes”.

Nesta perspectiva, ressaltar-se-á que “Não existem poderes a serem separados entre si, porém aparelhos distintos que põem em atividade as funções vitais de uma só unidade”.³⁷ Assim, da interpretação dos dispositivos constitucionais supramencionados, torna-se lícita a conclusão de que a Carta Magna conferiu autoridade soberana aos seus três poderes, garantindo-lhes autonomia, independência e harmonia entre si, não havendo, portanto, que se falar em supremacia de algum deles em relação aos outros.

Quanto à independência dos três poderes, tem-se que:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional os dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que o Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos.³⁸

No que tange à harmonia, tem-se que:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, *cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem de coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.*³⁹ (grifo nosso)

Conclui-se que o texto constitucional ao dotar cada um dos poderes de soberania, autonomia e harmonia em relação aos demais, procurou atribuir funções específicas às respectivas esferas de atuação, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário.

³⁷ PEREZ, Áurea Maria Brasil Santos (org.). *Constituição do Brasil: 30 anos 1988- 2018*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Escola Judicial “Des. Edésio Fernandes”, 2019. p. 187.

³⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 110.

³⁹ Id.

Pretendeu-se dessa forma garantir que não houvesse desequilíbrio entre os poderes, de modo que cada um deles pudesse se exercer na forma estabelecida constitucionalmente, garantindo também a possibilidade sistêmica de Freios e Contrapesos, veja-se:

*Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo.*⁴⁰ (grifo nosso)

Nesta perspectiva, a comunicação desarmônica entre os três poderes, ou seja, uma eventual interferência justificar-se-ia somente nos caso em que visasse “[...] impossibilitar abusos de poder, seja para possibilitar a real harmonia entre os poderes ou ainda para garantir as liberdades e o pleno exercício das funções específicas”.⁴¹

Infere-se das garantias e prerrogativas necessárias para o exercício dos poderes estatais de forma independente que, deve se ter um mínimo e um máximo de independência entre cada um dos órgãos, para que não se incorra em instabilidade jurídica e, no limite, na própria instabilidade democrática.

2.2. Princípio da reserva legal

O princípio da reserva legal encontra-se presente no artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna, *in verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, reiterando os termos do art. 1º do Código Penal. Ainda, “A natureza política do princípio da legalidade é evidente, como pedra angular do pensamento liberal, que protege o cidadão perante o Estado, diante do poder arbitrário dos juízes”.⁴²

O princípio da legalidade (ou de reserva legal) tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. [...] Assim não há crime sem que, antes de sua

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 388.

⁴¹ PIRES, Ana Carolina Fernandes. *Tripartição dos poderes no Brasil – Constituição de 1988*. Disponível em: <<https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/140301057/triparticao-dos-poderes-no-brasil-constituicao-de-1988>> Acesso em: 05 jun. 2020.

⁴² REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 35.

*prática, haja uma lei descrevendo-o como fato punível. É lícita, pois, qualquer conduta que não se encontre definhada em lei penal incriminadora.*⁴³ (grifo nosso)

Assim configura-se um princípio corolário tanto do Direito Penal, quanto da Constituição em si, enquanto fundamentadora da experiência democrática, a saber, *nullum crimen sine lege*.

Neste sentido, a Constituição Federal determinou em seu artigo 22, inciso I que: “*Compete privativamente à União legislar sobre: I- direito [...] penal [...]*”. (grifo nosso), o que leva a consequente conclusão de que a edição de normas penais está sujeita ao princípio da reserva legal, de modo que a lei, em sentido estrito, é somente aquela norma produzida pelo Congresso Nacional, sendo competência privativa da União legislar sobre Direito.

Posto isso, mister se faz esclarecer que para que uma lei seja válida e produza os efeitos que se pretenderam quando da sua elaboração pelo legislador, deve-se observar os devidos trâmites para a sua criação e, também, a consonância com o texto constitucional, quanto ao seu aspecto material. Tal procedimento lhe conferirá legalidade forma e então legalidade material:

*A legalidade formal, então, é exatamente o seguir o procedimento formal para a criação de uma lei daquela natureza. Legalidade material, por sua vez, é o amoldar-se ao conteúdo da lei aos direitos e às garantias fundamentais, previstos constitucionalmente. Num Estado Constitucional Democrático de Direito, a legalidade diz respeito a um Estado regido por uma Constituição, a lei suprema, portando as leis hierarquicamente inferiores devem sempre obediência à suprema. Já que devem observar o procedimento formal, disciplinado na Mater Legis, devem também, e com muito mais razão, conformar-se com as normas constitucionais materiais.*⁴⁴ (grifo nosso)

Portanto, o princípio da reserva legal é indissociável de uma obediência incondicional à Constituição Federal, “seja em âmbito formal (processo legislativo) ou em âmbito material (direitos e garantias fundamentais)”⁴⁵ Reconfigurando-se a máxima para os seguintes termos: *nullum crimen nulla poena sine lege valida* (não há crime nem pena sem lei prévia válida).

Tratando-se a presente pesquisa de uma análise da atuação ativista do STF no que se refere à normatização de matéria penal, deve-se considerar neste ponto um importante

⁴³ JESUS, Damásio E de. Direito penal: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1. *Apud*. ELIAS, Paulo Sá. *A questão da reserva legal no direito penal*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/2038/a-questao-da-reserva-legal-no-direito-penal> > Acesso em: 07 jun. 2020.

⁴⁴ TIRONI, Rommero Cometti. *O princípio da legalidade no direito penal brasileiro*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13282/o-principio-da-legalidade-no-direito-penal-brasileiro/2> > Acesso em: 08 jun. 2020.

⁴⁵ Id.

aspecto pertinente à lei penal, qual seja, o aspecto que trás a hipótese da lacuna legislativa.

Assim:

[...] *se admitir a existência de lacunas, surgem problemas de sua constatação e de seu preenchimento, bem como o da legitimidade de seu uso*, pois não se pode olvidar que os diferentes ordenamentos jurídicos os apresentem com facetas mais ou menos complexas, já que há os que, *expressamente, determinam quais os instrumentos de constatação e de preenchimento as lacunas, como é o caso brasileiro.*⁴⁶ [...] (grifo nosso)

Diante da redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em seu artigo 4º, temos que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Assim, inobstante as orientações indicadas pelo próprio sistema penal, deve-se, antes de qualquer coisa, diferenciar a análise de acordo com a classificação jurídica da norma, visto que o direito processual, diferentemente do direito material, permite maior nível de flexibilidade do princípio da legalidade, conforme indica o artigo 3º do diploma processual penal: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como suplemento dos princípios gerais do direito”.

Não obstante a vedação conferida pelo princípio da legalidade, o direito material penal comportará analogias, ou melhor analogia, visto que se trata da única exceção permitida, àquela *in bonam partem*.

Evidente, portanto, que no que concerne ao Direito Penal, o viés político-garantidor do princípio da legalidade visa a vedação da analogia, exceto em benefício do acusado, ora réu, obrigando que “o trabalho hermenêutico não amplie o significado do proibido para atender aos fins que o acusador ou o julgador pretendem dar à incriminação⁴⁷”

Quanto ao costume, como fonte do Direito Penal, deve ser considerado da seguinte forma, conforme já exaurido pela doutrina:

[...] *contra legem, secundum legem e praeter legem. Contra legem* são os de desuso de uma norma penal ou de fonte criadora de preceitos ampliadores das justificativas e das discriminantes penais. Os *secundum legem* são as regras sobre uniforme interpretação e aplicação da lei. *Praeter legem* são os costumes que integram normas penais não incriminadoras, quer cobrindo lacunas, quer especificando o conteúdo e a extensão.⁴⁸

Diante do exposto, o assunto em debate transcende para a crítica do ativismo judicial enquanto legislador de matéria penal.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21.

⁴⁷ REALE JUNIOR, Miguel. Op. cit., p. 37.

⁴⁸ JESUS, Damásio de, *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, p.19.

2.3. Descriminalização por via judicial

Toda a pesquisa realizada trouxe-nos para este ponto. Uma vez analisadas as questões pertinentes à separação dos poderes, ao princípio da reserva legal, bem como o esclarecimento acerca da formalidade legal e fontes do direito penal; somando-se às análises realizadas acerca da ativista dos ministros do STF no julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ, Recurso Extraordinário nº 635.659 e ADO/26 DF, refutar-se-á a possibilidade de descriminalização por via judicial, levantando para tanto as leituras constitucionais realizadas no decorrer do trabalho.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu Título IV – Da Organização dos Poderes, Capítulo III – Do Poder Judiciário, Seção II – Do Supremo Tribunal Federal, como a nomenclatura sugere, a sistematização do Poder Judiciário, determinando em seu artigo 102 que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, cabendo-lhe ainda:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...]

§ 1º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Diante disso, fica claro que a expansão da atuação do poder judiciário é um fenômeno que decorre de prerrogativas constitucionais, bem como da ordem democrática, uma vez que as promessas constitucionais no campo socioeconômico e a realidade do país impulsionam um certo tipo de ativismo, já que: “[...] faz valer o dever-ser constitucional, ignorando os limites de seu poder conformador da realidade factual (força normativa) e que se deve ter presente na interpretação-aplicação do Texto Magno”.⁴⁹

Ainda:

⁴⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Sariaiva, 2010. p. 333.

O ativismo judicial, defendido por parcela da opinião pública como uma garantia de que a "racionalidade" do STF conteria a "irracionalidade" da ação política do Legislativo, produziu outras crias. *O Supremo ocupou cada vez mais espaços - hoje não apenas tem o instrumento constitucional da súmula vinculante, mas desfrutou (pelo menos até agora) de uma legitimidade autoconferida por um entendimento do que é o "clamor público", e com esse mandato promoveu a adequação das leis à sua própria racionalidade [do tribunal]. (...) A demonização da política foi o primeiro passo para a legitimação do ativismo judiciário. A apropriação do senso comum de que o político eleito é corrupto, até que se prove o contrário; de que os partidos são por princípio venais; e de que a política sempre encerra interesses inconfessáveis, tem legitimado a atuação legislativa do STF.*⁵⁰ (grifo nosso)

Portanto, pode-se auferir que recaíram sobre o Poder Judiciário as expectativas e pressões sociais em busca de se tornar cada vez mais rápida e possível a efetivação das promessas constitucionais, levando ao ativismo judiciário, que por sua vez pretende se legitimar por meio de uma espécie de demonização da política.

Neste sentido, o STF tem exercido função normativa no Direito Penal, de modo que a situação se tornou preocupante como se pode abstrair dos casos analisados no primeiro capítulo deste trabalho, pois o exercício dessa função normativa colide diretamente com a garantia constitucional da reserva legal presente na Constituição Federal, art. 5º, XXXIX.

Assim, tanto para descriminalizar, ou criminalizar determinada conduta, o STF carece de legitimidade, de competência e acaba por ultrapassar os próprios limites garantidos pelo sistema de freios e contrapesos, gerando um desequilíbrio entre os poderes, que por sua vez reflete na Democracia.

Nesta ótica, o princípio da reserva legal deve ser lido em conjunto com o procedimento formal da lei, bem como material, chegando-se à máxima: *nullum crimen nulla poena sine lege valida*.

Posto isso, observa-se da pretensa legislação de matéria penal realizada pelo STF, que tal ativismo contraria o princípio da reserva legal e vai na contramão do procedimento legislativo formal que valida uma lei e seus efeitos no ordenamento pátrio, por lógica, ainda que simplista, auferire-se que uma lei elaborada em vias impróprias não deveria alcançar o plano material jurídico: *“O caráter absoluto da reserva legal é entendido da seguinte maneira: somente a lei pode referir-se a outra norma, integrando-a à definição do delito ou da contravenção penal”*.⁵¹ (grifo nosso)

Diante do caráter absoluto da reserva legal, somado à formalidade da lei e seu procedimento de elaboração, faz necessário explicar que a Constituição em tais situações deve

⁵⁰ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *“Direito como Integridade” e “Ativismo Judicial”*: algumas considerações acerca de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. 2008. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04_835.pdf> Acesso em: 12 de jun. 2020.

⁵¹ TIRONI, Rommero Cometti. Op. cit.

ser lida de forma literal, uma vez que “*O teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis*”,⁵² a fim de que decisões como as analisadas no presente trabalho, ao ultrapassarem nitidamente o teor literal da Constituição, não se tornem admissíveis.

Seja pela (in)competência conferida, seja pela tripartição dos poderes, ou ainda pela (in)observância do procedimento legislativo, todos caracteres constitucionalmente atribuídos, não que se falar em legislação penal realizada pelo STF. Sendo o caso de eventual decisão proferida pela Suprema Corte, caberá ao Poder Legislativo ratificar o ato, demonstrando ao Poder Judiciário o abuso ativista por ele perpetrado. Nessa ótica, recomenda-se uma autocrítica do Judiciário, ou ainda, medidas com maior condão coercitivo, como a elaboração de uma Emenda Constitucional que esclareça qualquer dúvida ou desconstrução por meio de expedientes exóticos e impertinentes.

Conclusão

Em termos de considerações finais, infere-se que a tripartição de poderes é um dos princípios básicos e inerentes às democracias modernas, desde Montesquieu, efetivamente. Assim, o executivo, o legislativo e judiciário compõem os três poderes que constituem e fundamentam o exercício democrático dos poderes políticos.

Nessa esteira, a pesquisa se deu a partir do estudo do ativismo judicial, caracterizado enquanto função normativa em matéria penal exercida Supremo Tribunal Federal (STF), que é o órgão máximo do Poder Judiciário, sendo a sua função zelar pela Constituição da República Federativa do Brasil. Além da função de guardião da Constituição Federal, o STF pode propor projetos de lei, em questões relacionadas ao judiciário, julga ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) e ações declaratórias de constitucionalidade; compõe-se por onze ministros e três órgãos, Plenário, duas Turmas e o Presidente do Supremo.

Destarte, diante da evolução da sociedade e seus instrumentos normativos, bem como maior grau de complexidade, o STF tem entendido que cabe ao Poder Judiciário acompanhar os anseios sociais quando o Poder Legislativo não o faz com a celeridade desejada, o que acaba por instituir um sistema legislativo indireto, haja vista a criação de súmulas com características imperativas reservadas à própria Lei, em verdadeira afronta à

⁵² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 64-65.

tripartição de poderes, como dito, um dos pilares sustentáculos do Estado Democrático de Direito.

Dos casos analisados na realização dessa pesquisa, quais sejam, no julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ (que tratou do aborto), Recurso Extraordinário nº 635.659 (da descriminalização do porte da *cannabis sativa* e possivelmente outras drogas para uso) e ADO/26 DF (que equipara a prática de homotransfobia ao racismo). Nos três casos o STF exerce, ou exerceu, função atípica, seja para criar um novo tipo penal, como no primeiro caso, seja para extinguir outro, como no segundo caso.

Observou-se da pretensa legislação de matéria penal realizada pelo STF, que tal ativismo contraria o princípio da reserva legal e vai na contramão do procedimento legislativo formal que valida uma lei e seus efeitos no ordenamento pátrio, por lógica, ainda que simplista, aufere-se que uma lei elaborada em vias impróprias não deveria alcançar o plano material jurídico o caráter absoluto da reserva legal é entendido da seguinte maneira: somente a lei pode referir-se a outra norma, integrando-a à definição do delito ou da contravenção penal.

Diante do caráter absoluto da reserva legal, somado à formalidade da lei e seu procedimento de elaboração, faz necessário explicar que a Constituição em tais situações deve ser lida de forma literal, uma vez que o teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis, a fim de que decisões como as analisadas no presente trabalho, ao ultrapassarem nitidamente o teor literal da Constituição, não se tornem admissíveis.

Verificou-se ao fim gritante incompetência do STF no que se refere à normatização concernente ao Direito Penal, tanto processual quanto material, bem como a inobservância dos princípios constitucionais da tripartição de poderes, bem assim o princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito e, ainda, o procedimento legislativo pertinente à criação ou abolição de eventual tipo penal, visto que não há crime nem pena sem lei prévia *válida*.

Bibliografia

ALMEIDA, Vicente Paulo de. *Ativismo judicial*. Disponível em: <<https://joamartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/157291066/ativismo-judicial>>.

BARROSO, Luis Roberto. *Ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: UnB, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

_____. *Código de processo penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>

_____. *Código penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

_____. *Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>

_____. *Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>.

_____. Ministério Público do Estado do Paraná. *Projeto Semear – Enfrentamento ao Alcool, Crack e outras Drogas. STF retomará julgamento sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal em 2019*. Disponível em: <<http://www.site.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=3253>>

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 - DF*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ado-26-voto-alexandre-moraes.pdf>>

_____. _____. *Habeas corpus 124.306 - RJ*. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>

_____. _____. *Mandado de injunção 4.733 - DF*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>

_____. _____. *Recurso extraordinário 635.659.* Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>

_____. _____. *STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa.* Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>

BUZOLIN, Livia Gonçalves. *Direito homoafetivo: criação e discussão nos poderes judiciário e legislativo.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas.* São Paulo: Saraiva, 2014.

ELIAS, Paulo Sá. *A questão da reserva legal no direito penal.* Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/2038/a-questao-da-reserva-legal-no-direito-penal>>

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional.* 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GERVASONI, Tássia Aparecida; DIAS, Felipe da Veiga. *Jurisdição constitucional e a questão do aborto a partir do HC 124.306/RJ.* Revista Estudos Institucionais. v. 3. n. 2, 2017.

JESUS, Damásio E. de. *Comentários ao código penal,* São Paulo: Saraiva, 1985.

KURKOWSKI, Rafael Schwez; FORNI, João Paulo. *Análise da legitimidade do STF para alterar a política pública nacional sobre drogas no âmbito do controle de constitucionalidade.* Revista da AGU. Brasília – DF, v. 17, n. 1 (jan./mar) 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional.* Tradução de Peter Naumann. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. “Direito como Integridade” e “Ativismo Judicial”: algumas considerações acerca de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. 2008. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04_835.pdf>.

PEREZ, Áurea Maria Brasil Santos (org.); *Constituição do Brasil: 30 anos 1988- 2018*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Escola Judicial “Des. Edésio Fernandes”, 2019.

PIRES, Ana Carolina Fernandes. *Tripartição dos poderes no Brasil: Constituição de 1988*. Disponível em: < <https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/140301057/triparticao-dos-poderes-no-brasil-constituicao-de-1988> >

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Ativismo judicial: para quem e por quê?*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial-para-quem-e-por-que>>

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SIMONASSI, Vanessa Perpétuo. *Supremo Tribunal Federal e a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal: breve análise do Recurso Extraordinário RE 635.659*. Disponível em: < <https://vanessaperpetuosilva.jusbrasil.com.br/artigos/535710246/supremo-tribunal-federal-e-a-descriminalizacao-do-porte-de-drogas-para-consumo-pessoal-breve-analise-do-recurso-extraordinario-re-635659?ref=feed>>

TIRONI, Rommero Cometti. *O princípio da legalidade no direito penal brasileiro*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/13282/o-principio-da-legalidade-no-direito-penal-brasileiro/2> >

Data da submissão: 18/11/2020

Data da aprovação: 07/12/2020