

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: O  
JUDICIÁRIO ENCOBRINDO A OMISSÃO DO LEGISLATIVO**

Ana Laura Marteli de Oliveira

Presidente Prudente/SP  
2021

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: O  
JUDICIÁRIO ENCOBRINDO A OMISSÃO DO LEGISLATIVO**

Ana Laura Marteli de Oliveira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Doutor Glauco Roberto Marques Moreira.

Presidente Prudente/SP  
2021

**A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: O  
JUDICIÁRIO ENCOBRINDO A OMISSÃO DO LEGISLATIVO**

Monografia aprovada como requisito  
parcial para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito.

---

Glauco Roberto Marques Moreira  
Orientador

---

Maria Fernanda Sandoval Eugenio Barreiros Tamaoki  
Examinadora

---

Matheus da Silva Sanches  
Examinador

Presidente Prudente/SP, 22 de fevereiro de 2021.

“Ore como se tudo dependesse de Deus.

Trabalhe como se tudo dependesse de você.”

(Santo Inácio de Loyola)

Dedico este trabalho aos meus pais, que me forneceram todo amparo, suporte e força durante esta trajetória, assim como, por toda minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente quero agradecer a Deus por ter me sustentado até aqui e por se fazer presente ao meu lado durante todo o tempo, permitindo e me concedendo durante todo esse ciclo, saúde e sabedoria o suficiente para concretizar esta conquista.

Agradeço ao meu orientador e professor Doutor Glauco Roberto Marques Moreira por aceitar conduzir este trabalho junto a mim, por todo comprometimento, atenção e auxílio prestados com tanto apreço, sem o qual não seria possível materializar e finalizar o presente trabalho.

Agradeço ainda, aos meus familiares, em especial aos meus pais Fabiana Marteli de Oliveira e Osvaldo Martins de Oliveira Filho, por todo amparo e apoio ao longo de toda essa trajetória, me possibilitando o suporte e força necessários, e, por serem minha maior inspiração e exemplo de vida.

Não menos importante, agradeço aos meus amigos, por todo o incentivo e por me acompanharem durante a jornada acadêmica, tendo a certeza de que estarão ao meu lado futuramente, em especial, meus agradecimentos a Ana Lara Sardelari Scaliante e ao Matheus Dalta Pimentel por toda assistência ao longo dessa pesquisa.

Também deixo aqui meus sinceros agradecimentos à minha banca examinadora, composta pela Dra. Maria Fernanda Sandoval Eugenio Barreiros Tamaoki e pelo Professor Matheus da Silva Sanches.

Por fim, agradeço ao Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, instituição pela qual tenho enorme carinho e imenso orgulho de fazer parte enquanto acadêmica. Agradeço a todo corpo docente por transmitirem os mais valiosos ensinamentos e aprendizados que levarei comigo sempre e, ainda agradeço a todos os funcionários da instituição, por cuidarem de cada um dos alunos com toda dedicação.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar a problemática existente com relação a tripartição dos poderes e indagar até que ponto seria possível a interferência de um dos poderes no âmbito do outro, principalmente sobre a perspectiva dos poderes Legislativo e Judiciário, uma vez que, a fragmentação entre as funções exercidas por cada um dos poderes foi instituída há muito tempo no sistema brasileiro, para que cada um deles seja autônomo com relação ao outro. Ocorre que atualmente, o país sofre com a intervenção maciça de um dos poderes no âmbito do outro, portanto, o trabalho busca aprofundar a análise quanto as consequências da não observância a tripartição dos poderes. Expõe também, uma visão crítica quanto a criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal, iniciando com um breve relato sobre a omissão constitucional tratada no âmbito do controle de constitucionalidade, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e também no Mandado de Injunção, utilizados pela comunidade LGBTQI+ como instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais. Após, inicia-se o estudo da ADO nº 26 e MI nº 4.733, julgados pelo Supremo Tribunal Federal, procedendo as considerações pertinentes ao caso. Em seguida, instaura-se uma análise jurídica acerca da criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal, considerando os pilares principiológicos do sistema penal, quais sejam, a reserva legal e a vedação da analogia *in malam partem*, oportunidade em que observa-se também que a criminalização se deu de forma genérica, bem como, os efeitos da tipificação *lato sensu*, que interfere diretamente na proteção da comunidade LGBTQI+. Para que o tema seja explanado da melhor forma e com a devida clareza, o estudo será desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas com método de pesquisa dedutivo.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Tripartição dos Poderes. Estado Democrático de Direito. Autonomia. Criminalização da Homofobia.

## ABSTRACT

The present paper work aims not only to reflect on the problems among the three branches of power, but also inquire into possible interference from one to another, mainly related to the Legislative and Judicial power, since their functions are fragmented as it was instituted a long time ago in the Brazilian system, in order to each of them be autonomous. However, the country has suffered with the massive intervention from one power to another nowadays, and therefore this work seeks to achieve the consequences of the non-compliance of these three branches of power. Moreover, it critically debates about criminalizing homophobia by Federal Court of Justice, firstly discussing about the constitutional omission addressed within the scope of the constitutionality control, through the Direct Institutional Action for Omission, and in the Injunction Warrant as well, both adopted by the LGBTQI+ Community as instruments to enforce fundamental rights. After that, the study of ADO nº 26 and MI nº 4,733 begins, judged by the Supreme Federal Court, proceeding with the considerations pertinent to the case. Then, a legal analysis of the criminalization of homophobia by the Supreme Federal Court is established, considering the principle pillars of the penal system, namely, the legal reserve and the prohibition of the *in malam partem* analogy, an opportunity in which it is also observed that the criminalization took place in a general way, as well as the effects of the *lato sensu* typification, which directly interferes in the protection of the LGBTQI+ Community. In order for the topic to be explained in the best way and with due clarity, the study will be developed through bibliographic research using a deductive research method.

**Keywords:** Judicial Activism. Separation of Powers. Democratic State of Law. Autonomy. Criminalization of Homophobia.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

LGBTQI+ - Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis, *queer*, intersexuais, entre outros

MI – Mandado de Injunção

STF - Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 AS CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIÁRIO PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>13</b>
2.1 As Funções Típicas e Atípicas de Cada um dos Três Poderes.....	16
2.2 As consequências do Ativismo Judiciário Exercido de Forma Ilimitada.....	17
<b>3 PODER JUDICIÁRIO E PODER LEGISLATIVO, A OMISSÃO DE UM DOS PODERES AUTORIZA A INTERFERÊNCIA DO OUTRO?.....</b>	<b>23</b>
<b>4 ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA.....</b>	<b>30</b>
4.1 Considerações Acerca da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão Nº 26 e do Mandado de Injunção Nº 4.733.....	31
4.2 Análise Jurídica Quanto aos Efeitos da Criminalização da Homofobia pelo Supremo Tribunal Federal.....	37
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>50</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de pesquisa científica, teve como objetivo, investigar a análise quanto ao estudo da tripartição dos poderes do Estado contextualizando o assunto junto a criminalização da homofobia e indagar até que ponto seria viável ao Estado Democrático de Direito a intervenção do Poder Judiciário no Poder Legislativo, uma vez que a forma governamental de fragmentação entre os poderes foi adotada há muitos anos pela sistemática brasileira e como ficou demonstrado ao longo da pesquisa, vem sofrendo abalo quanto a sua observância por meio do Ativismo Judicial.

O presente tema é de grande importância diante do contexto social atual, pois é amplamente discutido gerando opiniões conflitantes diante da complexidade que se extrai do assunto, uma vez que abrange diversos princípios constitucionais fundamentais, como a isonomia, a tripartição dos poderes, o Estado Democrático de Direito e o princípio da legalidade, sendo que, por vezes as bases principiológicas se confrontam, não sendo possível hierarquizá-las, mas tão somente se pautar em análise racional e proporcional para tomada de decisões mais acertadas e justas.

Diante do cenário político atual, repleto de inseguranças e incertezas frente ao descrédito que se atribui aos órgãos políticos, o Supremo Tribunal Federal, muitas vezes atua na efetivação de direitos fundamentais, buscando ocupar as lacunas deixadas pelos demais poderes, assim, gradativamente ganha uma visão um tanto fraternal da sociedade. Todavia, para tanto, o órgão julgador vem atuando amplamente na esfera dos demais poderes, de forma que, a conduta ativista pode culminar em afronta ao Estado Democrático de Direito, assim como, ao princípio da separação dos poderes, que devem ser independentes e harmônicos entre si, conforme os ensinamentos de Montesquieu, filósofo francês que defende que a liberdade e democracia apenas existem nos Estados quando não se abusa dos poderes.

Neste toar, recentemente o Supremo Tribunal Federal incluiu a homofobia e transfobia na Lei nº 7.716/89, criminalizando as condutas. Em que pese a decisão seja louvável por um viés social, dando mais aparato e visibilidade à comunidade LGBTQI+, no âmbito jurídico penal sofre duras críticas, uma vez que se discute se a referida decisão seria inconstitucional frente aos princípios da reserva

legal e vedação da analogia *in malam partem* em matéria penal, além de se questionar se esta foi a decisão mais acertada para a proteção da comunidade LGBTQI+, discussões que foram debatidas no presente trabalho, como seu principal objetivo.

No capítulo dois, buscou-se demonstrar que o ativismo exercido de forma ilimitada contribui negativamente para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, pois é imprescindível, principalmente no tocante à segurança jurídica e a justiça, que a separação dos poderes seja respeitada de maneira estrita.

É certo que o seio social, como meio complexo, busca por um ente maior que possa governar a sociedade, ocorre que para que democracia se concretize de forma justa e estável, é necessário que os poderes entre os governantes sejam distribuídos de forma a permitir o equilíbrio das forças.

No capítulo três, tratou-se sobre a ingerência do Poder Judiciário no Poder Legislativo, quando este deixa lacunas a serem solucionadas, analisando os efeitos práticos desta interferência, já que o fenômeno do ativismo do Poder Judiciário tem estado presente entre as decisões tomadas atualmente, como por exemplo, no caso da criminalização da homofobia, tratado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 26.

No capítulo quatro, buscou-se analisar, primeiramente, a questão da supressão da omissão legislativa pelo judiciário no tocante a criminalização da homofobia, explorando o controle de constitucionalidade no tocante a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

Após, procuramos aprofundar os estudos quanto ao caso em concreto da criminalização da homofobia, observando as devidas ponderações e expondo as considerações pertinentes, principalmente no tocante a competência do Supremo Tribunal Federal para a inclusão da homofobia e transfobia na Lei do Racismo, levando em consideração o princípio da legalidade penal, haja vista que uma de suas principais vertentes é a vedação da analogia *in malam partem* no Direito penal, assim como, a real possibilidade de se efetivar garantias fundamentais da comunidade LGBTQI+ com a inclusão sobredita, por meio da conduta ativista do órgão do Poder Judiciário.

Para tanto, utilizou-se de pesquisas bibliográficas com método de pesquisa dedutivo, a fim de que, o conteúdo produzido neste trabalho seja o mais

claro e objetivo, concluindo pela extrema cautela quando da mitigação da tripartição dos poderes e da segurança jurídica, devendo tais hipóteses serem excepcionais e quando aplicadas, que sejam de fato pensadas, para propiciar efetiva aplicabilidade e satisfação.

Neste viés, em uma análise jurídica, no tocante a criminalização da homofobia, verificou que, em que pese seja compreensível a decisão do Supremo Tribunal Federal frente ao clamor social e a evidente omissão legislativa, concluiu-se que a decisão proferida implica em analogia in malam partem, proibida no ordenamento jurídico penal e atenta contra o princípio da segurança jurídica, além de não ser capaz de proteger efetivamente a comunidade LGBTQI+, merecedora de tipo penal específico para garantir o direito fundamental à isonomia. Ademais, constatou-se que é necessária a busca por meios alternativos que solucionem o feito omissivo do Poder Legislativo.

## 2 AS CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIÁRIO PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É certo que o meio social pede pela centralização de poderes, uma vez que o homem necessariamente precisa ser governado por um ente maior que regulamenta o Estado, a fim de presidir a sociedade como um todo, englobando todos ao campo social. Neste sentido, há muito tempo atrás já defendia o ilustre contratualista Thomas Hobbes (1651, p. 116-117), em sua obra *Leviatã*:

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*.

Este ideal é algo indiscutível, haja vista a impossibilidade da obtenção de uma organização estatal e social sem que exista um governante.

A sociedade como um todo é complexa e precisa ser organizada de forma estrutural. Ocorre que a concentração do poder sobre um governante é perniciosa, visto que pode causar danos irreparáveis ao corpo social com a operação de uma política absolutista e pouco garantista. E para que se efetive o Estado Democrático de Direitos, deve ser fragmentada a parcela de poderes, pois, quando os poderes se confundem abrem margem para o abuso de direitos, materializando injustiças.

Nesta perspectiva, Jean Jacques Rousseau (2002, p. 09-10), um dos principais filósofos frente ao movimento iluminista durante a Revolução Francesa defendia a existência de um pacto entre a sociedade, o qual denominou de Contrato Social:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente. Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social. [...]

Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo.

Montesquieu (2000, p. 168) foi um dos filósofos mais importantes no tocante a organização do governo de maneira fragmentada, pois seus ensinamentos vigoram no seio social até os dias atuais. O francês defendia que naturalmente, quando um homem possui poderes, tende a abusar dele, por isso defendia a separação dos poderes, argumentando da seguinte forma:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de uma magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

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

Sendo assim, a separação dos poderes deve ser vista como medida mais justa para que mantenha a democracia entre a sociedade, concretizando a teoria da tripartição dos poderes, ou seja, a existência de três poderes independentes e harmônicos, sendo estes, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Os poderes são conceituados como independentes e harmônicos, porque, são autônomos entre si, ou seja, um não depende do outro. Apesar disso, deve existir uma interdependência entre os poderes no sentido de que um deve controlar e fiscalizar a atuação do outro, é neste sentido que se define que a tripartição dos poderes deve ser harmônica, o sistema de freios e contrapesos seria então, um elemento natural e ao mesmo tempo garantidor da separação de poderes (LAGES, 2008, p. 02).

Ressalta-se que somente é possível materializar esse controle entre os órgãos porque possuem funções distintas, se suas funções se misturam ou se

confundem, perde-se a essência da tripartição entre os poderes, momento em que o leque se abre para eventuais injustiças, abusos e arbitrariedades. Por esse motivo, é imprescindível a observância à separação dos poderes, para que se mantenha, sobretudo, o Estado Democrático de Direito, consagrado pelo artigo 1º da Constituição Federal.

O Estado Democrático de Direito pode ser conceituado como aquele que se destina a garantir o respeito, pelos direitos civis, pelos direitos humanos e também pelos direitos fundamentais, protegendo juridicamente todos esses institutos, que devem ser respeitados até mesmo pelos próprios governantes (SANTOS, 2011).

Levando em consideração a história das Constituições Federais consagradas em solo brasileiro, percebe-se que a tripartição dos poderes sempre esteve instituída entre os pilares da Carta Magna durante a evolução histórica, desde a Constituição do Império de 1824 até os dias atuais. Sendo assim, a separação dos poderes progrediu gradativamente para que se construísse a visão atual, por vezes foi aplicada de maneira mais restrita e outras de forma abrangente, todavia, sempre esteve presente.<sup>1</sup>

Nos dias atuais, a teoria da tripartição dos poderes está expressamente consagrada no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, que descreve “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Não obstante, a separação dos poderes é tida pela Lei Maior como clausula pétrea, como dispõe o § 4º do artigo 60 do texto constitucional:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

---

<sup>1</sup> Artigo 10 da Constituição do Império de 1824: “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”;

Artigo 15 da Constituição Republicana de 1891: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”;

Artigo 36 da Constituição Federal de 1946: “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

Dentro dessa óptica passaremos a analisar as funções típicas e atípicas de cada um dos três poderes, bem como, as consequências que decorrem do exercício arbitrário desses.

## **2.1 As Funções Típicas e Atípicas de Cada um dos Três Poderes**

Em primeira análise, cumpre esclarecer que o sub tópico em questão não busca uma pesquisa exaurida sobre o assunto, mas tão somente uma breve análise sobre as funções dos três poderes, para que seja possível uma melhor compreensão do tema proposto neste trabalho científico.

Pondera-se que se enquadram entre as funções típicas de um poder aquelas peculiares e essenciais de cada um deles, tendo ainda, entre eles, funções atípicas que devem ser exercidas excepcionalmente, como brevemente será explanado.

O Poder Executivo tem como principal função a administração do Estado, conforme trata os artigos 76 ao 91 da Constituição Federal, portanto, ao exercê-la deve respeitar o ordenamento jurídico vigente. Em face do sistema presidencialista adotado pela República Federativa do Brasil o Poder Executivo pratica atos de chefia do Estado e chefia do governo, sendo o primeiro, um comando voltado ao âmbito externo, e o último relacionado à gerência interna. Como funções atípicas exerce a atividade legislativa quando da elaboração de medidas provisórias, decretos ou leis delegadas, sendo que sofre ingerências do Poder Legislativo confirmando o sistema de freios e contrapesos (ANDRADE, 2011, p. 05).

Já o Poder Legislativo, estruturado através dos artigos 45 ao 75 da Constituição Federal de forma bicameral, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, tem como função típica legislar, elaborando o ordenamento jurídico do Estado, bem como, a fiscalização contábil, conforme artigo 70 da Lei Maior. Tendo como função atípica administrar e julgar, exerce a primeira ao confeccionar os regimentos internos de seus órgãos e a segunda ao julgar o Presidente e Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, de acordo com o artigo 52, inciso I, da Constituição Federal (BERÇOCANO; MARCATO, 2019, p. 06).

Por sua vez, o Poder Judiciário, disciplinado a partir do artigo 92 da Constituição Federal, tem como função essencial “julgar”, ou seja, aplicar a lei aos

casos concretos, dirimindo os conflitos. Exerce funções atípicas quando legisla ou administra. Atua legislando através de regimentos organizacionais internos para seus órgãos, e como administrador quando estipula direitos aos magistrados ou serventuários, como por exemplo, o direito a férias (LENZA, 2018, p. 575).

Sobre o assunto, Lenio Streck (2014, p. 48-49), renomado jurista, defende a existência de diversos núcleos do liberalismo, dentre eles o núcleo político que engloba o constitucionalismo, definido por ele da seguinte forma:

[...] C - Constitucionalismo: o estabelecimento de um documento fundamental acerca dos limites do poder político é crucial para a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, bem como para traçar os marcos da atividade estatal, não só pela limitação de seus poderes como também pela divisão de suas funções. A Constituição escrita estatui limitações explícitas ao governo nacional e aos estados individualmente e institucionaliza a separação dos poderes de tal maneira que um controla o outro (*checks and balances* dos americanos), e o Judiciário aparece como salvaguarda para eventuais rupturas, em particular através do judicial review; [...].

Dessa forma, infere-se que é muito importante que a separação entre os poderes, assim como a observância a suas funções primordiais sejam estritamente observadas, uma vez que esta existe exatamente para que um possa fiscalizar o outro e para que possam agir em harmonia.

## **2.2 As Consequências do Ativismo Judiciário Exercido de Forma Ilimitada**

Quando se fere a fragmentação entre os poderes é como se um estivesse interferindo no campo de atuação do outro, o que atinge frontalmente o Estado Democrático de Direito, fenômeno que, infelizmente, vem ocorrendo periodicamente no Brasil, principalmente pelo Poder Judiciário, que por diversas vezes vem atuando no campo do Poder Legislativo, “criando leis” que devem ser observadas e respeitadas pela sociedade.

Victor Marcel Pinheiro e Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 05), explicam essa questão:

Em diversas decisões, o STF exprime a ideia exposta acima de que a ele não é permitido inovar o sistema jurídico, mas apenas afastar aquelas que julgue em desacordo com as normas constitucionais. A partir desta concepção, o Tribunal utiliza em suas decisões as expressões legislador positivo ou legislador negativo para diferenciar estas competências; neste

sentido, o Tribunal somente poderia exercer as prerrogativas de um legislador negativo, ou seja, um órgão capaz apenas de afastar do ordenamento jurídico brasileiro as normas inconstitucionais; desta forma, caberia ao poder Legislativo à função de criar novas normas jurídicas, atuando como legislador positivo.

A atuação de maneira ilimitada do Poder Judiciário no campo do Poder Legislativo, vem sendo denominada de ativismo do Poder Judiciário, que pode ser conceituado como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes” (BARROSO, 2012, p. 03).

Como visto acima, cabe ao Poder Judiciário, aplicar e interpretar a lei, ou seja, os limites para sua atuação são dados pelo próprio texto legal, para que dessa forma, atue na resolução dos conflitos com observância ao ordenamento jurídico vigente.

Segundo Gouveia e Amaral (2008, p. 19) “[...] a função típica cabível ao Poder Judiciário é a atividade jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é apresentado, em face da existência de um conflito de interesses.”

Entretanto, atualmente, o poder em questão está expandindo o seu campo de atuação gradativamente, e assim, interferindo na esfera dos outros poderes, principalmente do Poder Legislativo.

Um exemplo característico do ativismo do Poder Judiciário é a criminalização da homofobia, em que, diante da omissão do Poder Legislativo, o Poder Judiciário tipificou a homofobia como crime, incluindo esta prática a Lei de Racismo.

Importante ressaltar que a pesquisa em questão admira o posicionamento do Poder Judiciário e acredita que este poder apenas interfere naquele buscando o melhor para a sociedade, clamando pela justiça e agindo, portanto, de boa-fé.

Acontece que, busca-se demonstrar que a tomada de decisões dessa maneira, pode não ser a mais acertada quando se pensa a longo prazo e nas consequências ao Estado Democrático de Direito. A possibilidade do órgão julgador atuar como legislador negativo é prevista pela Constituição Federal em seu artigo 103, até para que evite atuações contrárias à Carta Magna, mas os excessos cometidos por esse poder são negativos, porque faz com que o Poder Judiciário

passa a legislar positivamente e então, a exercer função não permitida pela Lei Maior (SANTOS; ARTEIRO, 2011, p. 07).

Ora, o Poder Judiciário não está apto a legislar, e quando o faz, pode deixar lacunas irreversíveis no texto legal, que abrem margem para inúmeras interpretações, e assim, estaria o judiciário prejudicando ainda mais o sistema, isto porque causaria enorme insegurança jurídica e por consequência o caos estaria instalado novamente.

Portanto, quando o fenômeno do ativismo do Poder Judiciário acontece de forma exacerbada é como se o judiciário estivesse agindo como legislador, não observando os limites legais de atuação, impedindo que os poderes possam agir de maneira autônoma e harmônica.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso (2019, p. 181), explica:

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto.

Além disso, as consequências negativas da atuação do Poder Judiciário como legislador positivo não estão relacionadas apenas à quebra do sistema fragmentário de divisão entre os poderes, mas também estaria, o judiciário, se misturando ao campo político legislativo, no qual, possivelmente sofrerá influências diretas e indiretas, o que certamente agride a essência do Poder Judiciário, que deve ser um poder imparcial e contramajoritário.

Portanto, há a quebra da essência do Poder Judiciário, ainda que seja de boa índole, causando injustiças e arbitrariedades.

É assim, porque o Poder Judiciário não é eleito pela população, sendo assim, deve agir de forma contramajoritária, o que significa dizer que não é movido pela vontade da maioria, mas sim pela justiça, ainda que isto signifique ir contra o posicionamento da massa. Ao passo que o Poder Legislativo, é eleito pelo Estado Democrático, ou seja, são representantes do povo, e devem atender os protestos da maioria naquilo que for cabível e progressista.

Percebe-se, são poderes antagônicos desde a sua essência. É por isso que, necessariamente, deve haver a separação entre dois momentos, o da criação

do direito e o da aplicação do direito. A criação do direito é inerente à política, pois é produto da vontade das majorias pelo poder legislativo, sabe-se que o ordenamento jurídico deve acompanhar o seio social. Enquanto que, no tocante a aplicação do direito, feita pelo poder judiciário, é imprescindível que este esteja desvinculado das amarras políticas, para que seja imparcial, a interpretação e a aplicação das leis não pode ser influenciada pelo caráter político, porque, se assim for, certamente causará arbitrariedades (MARTINS, S. M., 2019).

Esta é a grande problemática, reconhece-se que o ativismo do Poder Judiciário tenta solucionar impasses da sociedade. Mas, quando este é exercido de maneira exacerbada fere supraprincípios dogmáticos, quais sejam, a separação dos poderes, o Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica e o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, de maneira que os pilares constitucionais são atingidos frontalmente.

Quando se trata de matéria penal, é ainda mais negativo o ativismo do Poder Judiciário, pois o Direito Penal está voltado à repressão a criminalidade, como um mecanismo social que visa educar a sociedade como um todo.

Todavia, é certo que o Direito Penal, dentre os meios de regulamentação social, deve ser utilizado como *última ratio*, pois interfere no direito fundamental da liberdade, garantido expressamente pela Constituição Federal de 1988, ou seja, é o meio mais severo de se punir o ser humano. Essa mesma lógica defende os juristas Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2008, p. 75):

Se a intervenção do sistema penal é, efetivamente, violenta, e sua intervenção pouca apresenta de racional e resulta ainda mais violenta, o sistema penal nada mais faria que acrescentar violência àquela que, perigosamente, já o injusto jushumanista a que continuamente somos submetidos. Por conseguinte, o sistema penal estaria mais acentuando os efeitos gravíssimos que a agressão produz mediante o injusto jushumanista, o que resulta num suicídio.

A clara conclusão disto é que o sistema penal deve corresponder ao princípio da intervenção mínima na América Latina, não somente pelas razões que se apresentam como válidas nos países centrais, mas também em face de nossa característica de países periféricos, que sofrem os efeitos do injusto jushumanista de violação do direito ao desenvolvimento.

No mesmo sentido, o renomado doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 23-24):

Nos passo, então, de uma formulação – menos sofisticada é certo – mas ajustada aos propósitos nacionais, o que incluiu e exige uma atenção às

deficiências históricas de nosso desenvolvimento, ficamos com a noção de Estado Democrático de Direito orientada pela necessidade de reconhecimento e de afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, não só como meta da política social, mas como critério de interpretação do Direito, e, de modo especial, do Direito Penal e do Direito Processual Penal [...].

Assim, torna-se imperiosa a tarefa de definição de critérios mínimos de interpretação constitucional que leve em consideração a aludida tutela penal, que, a nosso aviso, deve ser dirigida à proteção dos direitos fundamentais, no marco, portanto, de um direito penal de intervenção mínima, necessária à afirmação daqueles direitos (fundamentais) contra ações especialmente gravosas.

Neste trilhar, quando o Poder Judiciário interfere, como legislador, no campo penal, tipificando determinada conduta como crime, como ocorreu no exemplo supramencionado da criminalização da homofobia, é uma questão preocupante, pois, o judiciário não observou a tripartição dos poderes, sendo assim, atuou em área diversa da que tem conhecimento e tornar uma conduta como criminosa exige atuação minuciosa e extremamente detalhada, pois é preciso que se tipifiquem condutas, ações ou omissões do ser humano, que podem lhe custar sua liberdade.

Se este campo ficar obscuro, ou lacunoso, com margens para dúvidas, a persecução penal estará seriamente comprometida, pois não sabe o Delegado de Polícia como agir para enquadrar determinada conduta num crime tipificado de maneira incompleta ou deficiente, também não saberá o Promotor de Justiça se há indícios suficientes de autoria ou materialidade para denunciar àquela conduta, tampouco terá o juiz elementos concatenados e robustos para incriminar o indivíduo e cercear o seu direito à liberdade, como bem define o entendimento abaixo:

Nota-se, portanto, que a complexidade da sociedade contemporânea desemboca em uma crise dos fundamentos das categorias tradicionais do Direito Penal. A criação dos tipos penais abertos coloca para o Direito Penal problemas no que diz respeito aos critérios a serem utilizados na sua definição. Dessa forma, diante da inexistência de critérios determinados, a jurisprudência lança mão do que bem entender, deixando-se a cargo do magistrado a eleição dos critérios a serem utilizados no momento da análise da subsunção da conduta ao tipo penal (BURGEL, 2017, p. 30).

Posto isto, fácil notar que neste longo caminho que percorre a persecução penal, muitas injustiças e arbitrariedades poderão ocorrer, tudo porque a tipificação do crime feita por um poder não autorizado constitucionalmente para tal não é suficiente, nem detalhada, da forma que deveria, pois não foi produzido pelo poder competente, deixando obscuridades a serem solucionadas pelo subjetivismo

de cada agente público, o que jamais poderia ser aceito no campo penal, pois, como explicado acima, deve ser a *última ratio*, exatamente por retirar do indivíduo um dos principais direitos fundamentais, qual seja, sua liberdade.

### **3 PODER JUDICIÁRIO E PODER LEGISLATIVO, A OMISSÃO DE UM DOS PODERES AUTORIZA A INTERFERÊNCIA DO OUTRO?**

Como vimos no capítulo anterior, defendendo os pensamentos dos contratualistas Thomas Hobbes e Jean Jaques Rousseau, a sociedade necessariamente precisa de um governante para que seja possível manter a harmonia e a segurança entre a coletividade, nesta perspectiva, são necessários mecanismos de controle social para regulamentar as condutas dos seres humanos. O Direito é um destes mecanismos, sendo assim o ordenamento jurídico deve acompanhar as mudanças sociais, de modo que atualize a produção legislativa de acordo com o momento social em que estamos inseridos, sob pena de tornar-se obsoleto (FORTES, 2010).

Infelizmente, o Direito não consegue acompanhar de forma satisfatória as mudanças da sociedade, que se desenvolve rapidamente, por esses motivos, o Poder Legislativo, por vezes, pode ficar sobrecarregado na criação de novas leis, levando em consideração que a tramitação legislativa é morosa e extremamente burocrática, no entanto, é compreensível a demora para tomadas de decisões quando se considera o sistema democrático, no qual as decisões devem sempre levar em consideração a vontade da maioria, o que não se pode admitir é o descaso com a realidade social (CARDOZO, 2019).

Sabe-se que uma das características primordiais do Poder Legislativo é o bicameralismo, ou seja, é formado pelo Congresso Nacional, que se divide em Câmara dos Deputados e Senado Federal, de acordo com o descrito no artigo 44 a 46 da Constituição Federal, sendo assim, a aprovação legislativa passa um por um processo solene e moroso.

Posto isso, percebe-se que todo o sistema é munido de procedimentos longos e burocráticos para implantar uma nova legislação. Por isso, como mencionado anteriormente, é improvável que o legislativo consiga acompanhar a evolução social no mesmo ritmo, e o seio social pede por mudanças. Sendo assim, por diversas vezes o legislativo se omite frente as necessidades sociais (TEIXEIRA, Z. R., 2013).

Enquanto isso, como citado anteriormente, ao Poder Judiciário incumbe a função de dirimir os conflitos sociais embasado no ordenamento jurídico,

ou seja, este poder está limitado a interpretação da lei, portanto, os órgãos do Poder Judiciário não podem agir de maneira discricionária.

A Constituição Federal, em seu artigo 92, elenca quais são os órgãos do Poder Judiciário.

Todos esses órgãos devem julgar de forma imparcial, não podem interferir particularmente no direito das partes, nem serem guiados por interesses externos, pois, se assim for, o conceito de justiça perde sua essência, por este motivo é que o Poder Judiciário é revestido de independência e autonomia (PADUA; MOREIRA, 2016, p. 06).

Feitas as devidas considerações, pontuo também que é dado ao Poder Judiciário algumas garantias, justamente para que a imparcialidade seja a mais pura possível, estas estão descritas no artigo 95, incisos I, II e III da Constituição Federal:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

[...]

A vitaliciedade é a segurança de que o magistrado sempre estará vinculado àquele cargo, de forma definitiva, será adquirida após dois anos de exercício e o titular somente poderá perder o cargo por sentença transitada em julgado; a inamovibilidade, por sua vez, garante que o titular do cargo não seja removido de seu local de trabalho, excepcionalmente será transferido, sem o seu consentimento, pelo interesse público, ou pelo voto de maioria absoluta dos membros do Tribunal competente e, por fim a irredutibilidade de subsídios, assegura que os vencimentos dos magistrados não poderão ser reduzidos (SOUSA, 2020).

Dessarte, as garantias acima mencionadas são concedidas para assegurar a prestação jurisdicional de forma neutra para que o magistrado não seja influenciado por fatores externos, como por exemplo, o fator político.

É por esse motivo, que ressalvadas as hipóteses legais, ainda que o Poder Legislativo seja moroso, não deve o Poder Judiciário interferir no seu âmbito de atuação. É claro que, quando provocado, a exemplo, para controlar legalidade de

determina norma que atente contra a Constituição Federal ou contra os direitos fundamentais, deve fazê-lo, ainda assim, de maneira excepcional e como último recurso a ser tomado, por exemplo, através de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão ou por meio de um Mandado de Injunção. O que não deve é tomar o lugar do Poder Legislativo, e criar leis, pois, desta forma estará produzindo os textos legais, e posteriormente deverão interpretá-los e aplicá-los ao caso em concreto para suprir conflitos.

Neste sentido, Leonardo Araújo Negrelly (2010, p. 05):

Contudo, vale lembrar, que a referida capacidade interpretativa inserta no grau de discricionariedade judicante alhures mencionada não é irrestrita, devendo, por conseguinte, ser limitada sua utilização aos julgamentos dos denominados casos difíceis (hard cases ) [34], mesmo assim, condicionando o magistrado, como sugere a doutrina de Hans Kelsen[35], a transitar somente dentro da moldura jurídica imposta pelo legislador, sendo esta o conjunto normativo capaz de regulamentar em alguma medida o caso concreto. Tanto a limitação da ação do juiz quanto a flexibilidade interpretativa é, de certa forma, intrínseca à atuação judicial e é decorrente da própria situação fática levada ao Judiciário cumulada com a própria amplitude do ordenamento jurídico, pois, quando mais de uma possibilidade, todas razoáveis e arrimadas no direito, apresenta-se ao juiz, caberá a ele optar pela melhor solução aplicável para cada caso.

Posto isso, percebe-se que, adotando a lógica supracitada como “regra” no âmbito jurídico e democrático, como ocorre atualmente, levando em consideração a forte presença do ativismo judicial, é fácil caminhar para um sistema inquisitorial, no qual o mesmo órgão que cria as leis, as interpreta e julga posteriormente. Seria como dar um poder absoluto ao judiciário, que certamente cominaria em abusos, além disso, afronta a própria Constituição Federal, que tem por fundamento maior a tripartição dos poderes e o Estado Democrático de Direito, veja:

O magistrado apenas adota participação ativa em virtude da atuação e omissão dos demais Poderes, visto, que, com este posicionamento, comprometem a efetivação dos princípios e direitos fundamentais elencados na Carta Magna, a qual determina que tais preceitos devem ter aplicação imediata, legitimando com sua postura o Estado Democrático Direito. As manifestações emblemáticas, jurídicas e da comunidade, a respeito da lesão das funções originárias dos demais Poderes, que afrontaria contra a democracia não possui fundamento, tendo vista que a decisão ativista procura somente reforçar a própria essência do Estado, prevalecendo inatingível qualquer violação dos fundamentos constitucionais (SOUZA, G. A., 2013, p. 10).

Compreende-se que as intervenções acontecem, até para que se proteja a sociedade de lesões ou ameaças ao direito, a fim de garantir o devido processo legislativo, mas esta deve ser feita de forma extremamente excepcional, e não de maneira corriqueira como está a acontecer.

Este fato, causa ainda uma crise do Poder Legislativo, porque a sociedade como um todo, naturalmente, passa a ver o legislativo com descrédito, e não reconhece os parlamentares como seus representantes, vivendo, atualmente verdadeira crise de identidade, muitas vezes paralisando projetos de extrema necessidade em virtude de outros não tão relevantes (SOUZA, G. A., 2013, p. 12).

A morosidade sempre foi um fator constante neste meio, e não é assim somente no Poder Legislativo, sabe-se que os órgãos judiciários também enfrentam essa questão, tanto que, nos dias atuais, existem inúmeros mecanismos alternativos para combater a demora do judiciário, como os meios alternativos de resolução de conflitos (conciliação e mediação), bem como, a interpretação favorável às tutelas de urgência que traz do Código de Processo Civil de 2015.

O que se busca explicar, é que, a morosidade é uma problemática arcaica dentre os poderes, é o que, na maior parte das vezes, causa a omissão em relação a determinada questão, motivo pelo qual o direito e a evolução social nem sempre estão caminhando em harmonia, não é diferente com o Poder Legislativo, e, por todo o exposto, ao menos neste ponto de vista, suprir a omissão de um dos poderes com a atuação do outro, que não é próprio para tanto, não é a alternativa mais recomendável.

Veja-se por essa perspectiva, o Brasil, ao longo de toda sua história, lutou muito para conquistar o Estado Democrático em que vivemos atualmente.

Na Constituição do Império de 1824, verifica-se que, apesar de separar os poderes, possuía o temido “quarto” poder, denominado de Poder Moderador exercido pelo Imperador, que tinha liberdade de interferir em todos os outros poderes, ou seja, era um Estado autoritário.<sup>2</sup>

Seguindo esta lógica, em 1891 tivemos a primeira Constituição Republicana, que adotava o método tripartido de Montesquieu. Em seguida, sobreveio a Constituição de 1934, que apesar de seguir o mesmo modelo da

---

<sup>2</sup> Artigo 10 da Constituição do Império de 1824: “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.”

Constituição de 1891, foi considerada como confusa por sua incongruência, pois conferia ao Senado um poder dominante, através do qual poderia coordenar os poderes federais entre si (SILVA, J. C., 2011, p. 07).

Em 1937 é outorgada nova Constituição, a qual instituiu o Estado Novo, era orientada pelo regime ditatorial, no qual os poderes eram concentrados nas mãos do Presidente da República, visto como autoridade suprema, ou seja, era totalmente totalitária e contrária aos ditames sociais.

Após esse período conturbado, promulga-se a Constituição de 1946, que avançou significativamente para a Democracia, era pautada em pilares sociais progressistas, concretizando a forma fragmentária dos três poderes. Entretanto, com novos conflitos sociais, em 1964 o cenário brasileiro se modifica de forma absoluta com o golpe militar, que fez surgir a nova Constituição de 1967, na qual, foram efetivados os populares atos institucionais, entre eles o Ato Institucional nº 5 que fechou o Congresso Nacional, suprimiu direitos essenciais e centralizou todo o poder ao governante, nessa época, a democracia era inexistente (ZAMBONE; TEIXEIRA, 2012, p.15).

Por fim, após esse longo período ditatorial, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que vigora até os dias atuais, amplamente pautada em direitos sociais e democráticos, consagra, de forma integral, a tripartição dos poderes.

Posto isto, é possível observar que foi através de um árduo caminho histórico, trilhado em meio a grandes sacrifícios, que hoje é legítima a democracia no Brasil. Logo, é evidente que a relativização demasiada da autonomia dos poderes pode cominar a um retrocesso histórico, uma vez que a crise legislativa corroborada pelo ativismo do judiciário pode prosseguir, gradativamente a uma tendência centralizadora, que concentra o poder a uma única autoridade.

Sendo assim, nesta ótica, não se considera viável suprimir a omissão de um dos poderes com a atuação exacerbada do outro, pois, como esmiuçado acima, foram muitos anos de desenvolvimento social para chegarmos a este modelo de governo, bem como, à tripartição dos poderes. Por conseguinte, seria completamente ilógico, retroceder novamente a um governo inconscientemente autoritário.

Dessa forma, assim como ocorreu no Poder Judiciário, seria um tanto mais racional a concentração de esforços para constituir meios alternativos à

demora legislativa do que simplesmente vê-la suprida por outro poder, já que tal prática traz inúmeras consequências negativas para o país como um todo.

Outrossim, a omissão do poder supracitado, infelizmente, também pode estar relacionada à interferência de interesses políticos e econômicos, setores que movem o país por suas fortes influências inclusive com o mundo externo. Vivemos em um momento político em que a corrupção parece estar cada vez mais enraizada nesse meio, fazendo com que o parlamento, que deveria ser a máxima representação do povo, seja visto, muitas vezes com um “descrédito sem precedentes” daí a importância do voto consciente, para que efetivamente a população escolha um representante para si levando em consideração a etimologia da palavra, a fim de que o parlamentar realmente reproduza a vontade social enquanto político eleito (SANTOS; AMANAJÁS, 2012, p. 06).

Portanto, buscando responder à indagação feita no subtítulo que inicia o estudo deste tópico, acredita-se que a omissão de um dos poderes não autoriza a interferência dos demais, a não ser em hipóteses extremamente excepcionais, como a violação direta da Constituição Federal ou de direitos fundamentais.

A título de exemplo, recentemente o Supremo Tribunal Federal decidiu enquadrar a homofobia como uma conduta criminosa, tipificando-a junto à Lei do racismo, ou seja, legislou, sob a justificativa da inércia do legislativo.<sup>3</sup>

Não há que se discordar que a homofobia é prática repugnante e que a sociedade merecia respostas quanto a isso. Mas a criminalização feita por um órgão do Poder Judiciário, ainda que com boas intenções, pode não ser a decisão mais acertada a longo prazo, veja:

O Magistrado apenas toma uma posição inquisitorial, onde ele responsável por julgar, cria uma norma penal incriminadora, tomando uma posição ativa em acusar. Ele abusa de seu ativismo judicial, pratica uma conduta de outro Poder do Estado, e cria um precedente da ditadura de suas ações, e da arbitrariedade do poder punitivo do Estado, vinculado a vontade dos Ministros (PADOVEZ; SOUZA, 2019, p. 05).

---

<sup>3</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 13.06.2019, DJE 06.10.2020 – No presente feito o STF reconheceu a omissão do legislativo e enquadrar a homofobia a transfobia como condutas criminosas, fato incontroverso, realmente são condutas intoleráveis no meio social, o que se discute é que, por não ser o órgão específico para legislar, não tipificou a conduta que ensejaria o crime, utilizando apenas a expressão “[...]” para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação [...], acarretando um vácuo legislativo que causará um impacto enorme no meio prático penal, como se busca explicar ao longo do artigo científico.

Isto porque reflete a gama de efeitos supramencionados, ou seja, estaríamos diante de uma hipótese inquisitiva, já que o órgão julgador asseverou que a conduta homofóbica equivale a crime. Evidente que é uma evolução social de certa forma, considerando as inúmeras sequelas prejudiciais que causa a homofobia no ser humano, entretanto a origem do crime veio do Poder Judiciário, que agora irá também julgar esta conduta, veja, fere a autonomia que os poderes devem ter entre si, exatamente para que um possa fiscalizar a atuação do outro.

Além disso, tipificar um crime é algo complexo, não basta inseri-lo numa lei já existente, portanto, é muito provável que diversos questionamentos surjam a respeito de como será aplicada a lei na prática cotidiana, o que irá afetar diretamente a segurança jurídica e ocasionar decisões heterogêneas, a depender da amplitude interpretativa que se dá ao tipo penal, pode-se violar inclusive o princípio da legalidade (OLIVEIRA, J. G., 2010, p. 06).

Motivos que nos levam a crer que, mesmo em busca da melhora para a população, a decisão não traz soluções acabadas, por vezes trará ainda mais divergências, observando, outrossim, que o Direito Penal é um dos ramos mais sistemáticos do direito, pois as consequências de uma sanção penal determinam a vida do ser humano de uma forma que nenhuma outra pena determina, até por isso é regido pelo princípio da intervenção mínima, neste sentido:

A intervenção mínima trata-se de um dos objetivos prioritários das Ciências Penais e Criminológicas de nosso tempo: verificar a racionalidade e contexto social de meios que utiliza o Estado para o controle da delinquência, submetendo a limites rigorosos o emprego do mais devastador das sanções: a pena (ZEIDAN, 2002, p. 52-53).

Portanto, acredita-se que, as entrelinhas que deixa o órgão julgador ao legislar causam efeitos desfavoráveis ao ordenamento jurídico e ao Estado Democrático de Direito, porque desorganiza a sistemática de fiscalização e autonomia dos poderes e além disso, no plano prático, causa insegurança jurídica pelo cenário de instabilidade frente às lacunas legais. Circunstância esta, que não deveria ocorrer com frequência nos dias atuais, uma vez que, foram necessários muitos embates históricos durante anos para que chegássemos neste contexto, que corre o risco de ser alterado de forma retrógrada.

#### 4 ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Em primeira análise, é importante compreender os institutos constitucionais que se referem à omissão legislativa e sua supressão pelo Poder Judiciário.

É cediço que a Constituição Federal de 1988 efetivou uma gama considerável de direitos sociais, assim, apesar da desigualdade social ser um fato em nossa sociedade, esta é a melhor forma de garantir oportunidades a todos os cidadãos, o artigo 3º da Carta Magna repudia qualquer tipo de discriminação ou de assimetria social.

Em razão disso, é dever do Estado Democrático se valer de políticas públicas a fim de viabilizar a isonomia social e promover a inclusão das minorias sociais através da igualdade aristotélica, denominada discriminação positiva, veja:

Muitas vezes as minorias são majorias numéricas, mas para saber se é minoria se é preciso analisar não a quantidade e sim a qualidade. Pessoas pertencentes aos grupos minoritários precisam de um tratamento diferenciado para se enquadrar à sociedade. Deve-se se avaliado aqui o princípio da igualdade, da isonomia e procurar entender o significado da frase de Aristóteles: “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” (TREVIZIAN; AMARAL, 2010, p. 04).

Dentre as minorias da sociedade, se encontra à comunidade LGBTQI+ (Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis, *queer*, intersexuais, entre outros), que sofre inúmeras agressões físicas e psicológicas por motivos de orientação sexual, ante a intolerância e preconceito da sociedade, é este grupo social que será explanado no presente trabalho científico.

Posto isso, sabe-se que em razão de tamanha opressão social que sofre, a comunidade LGBTQI+ se dedicou durante anos à busca pela proteção de seus direitos fundamentais, ocorre que, o Poder Legislativo quedou-se inerte em relação a algum posicionamento acerca da tutela de direitos para coibir as práticas repugnantes de homofobia e transfobia.

Diante deste quadro, o Poder Judiciário, valendo-se do Supremo Tribunal Federal, efetivou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, sendo assim, para melhor compreensão e complementação do presente trabalho científico, cabe aqui uma breve explicação quanto a omissão constitucional, tratada

no âmbito do controle de constitucionalidade por meio da referida ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão), bem como, através do MI nº 4.733 (Mandado de Injunção).

#### **4.1 Considerações Acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Nº 26 e do Mandado de Injunção Nº 4.733**

*A priori*, cumpre esclarecer que o controle de constitucionalidade tem como primazia o respeito ao ordenamento jurídico levando em consideração o princípio da supremacia da Constituição, uma vez que as normas de grau inferior devem respeito e compatibilidade com as de grau superior, privilegiando, dessa forma, a harmonia das normas e a segurança jurídica (LENZA, 2018, p. 254).

Dessarte, de acordo com o princípio supra, e considerando os saberes do austríaco Hans Kelsen, as normas encontram-se hierarquizadas, e no topo da hierarquia normativa tem-se a Constituição Federal, razão pela qual, todas as demais normas devem respeito e compatibilidade com as premissas da Carta Magna, sob pena de serem consideradas inconstitucionais, neste sentido, Paulo Roberto de Figueiredo Dantas (2018, p. 178):

[...] Hans Kelsen nos trouxe a ideia da existência de um escalonamento de leis, de uma verdadeira hierarquia entre as normas que compõem a ordem jurídica de um Estado, na qual as de hierarquia inferior extraem seu fundamento de validade das normas superiores, até chegarmos à Constituição jurídico-positiva, que se encontra no ápice da pirâmide normativa estatal. Temos, nessa ideia, a exteriorização do denominado princípio da compatibilidade vertical das normas.

Por essa razão, considerando a rigidez constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro materializou em seu corpo o controle de constitucionalidade, que para o jurista e ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes (2003, p. 469) “significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.

Posto isto, verifica-se que a violação aos preceitos constitucionais pode se dar de forma comissiva ou omissiva, uma vez que, a inconstitucionalidade por ação se dá pela existência de normas constitucionais, ao passo que a inconstitucionalidade por omissão se dá pelo silêncio do legislativo (CANOTILHO, 1993, p. 1.069).

Dentre as diferentes modalidades de controle constitucional, cumpre esclarecer no momento, diretrizes quanto ao controle concentrado, o qual, tem como característica principal, reservar o controle das leis a um único e determinado órgão jurídico, de acordo com Alexandre de Moraes (2003, p. 490), Hans Kelsen justificava a centralização do controle da seguinte forma:

[...] se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico [...] se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira [...].

Por esse motivo, a Constituição Federal, elegeu como seu guardião o Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 102, inciso I, alínea “a”, além disso, a Carta Constitucional estabeleceu diversas ações próprias para o efetivo exercício do controle de constitucionalidade concentrado, dispostas nos artigos 102, inciso I, alínea “a”, 102 § 1º, 103 § 1º e artigo 36, inciso III combinado com o artigo 34, inciso VII.

Dentre estas, tem-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, uma das vias utilizadas pela comunidade LGBTQI+ para efetivar a criminalização da homofobia, já que, como visto, o sistema concentrado de controle constitucionalidade judicial é exercido por meio de ações próprias e encontra fundamento constitucional o artigo 103 § 2º da Lei Maior, veja:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade [...]:

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Sendo assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão deve ser utilizada para refutar a chamada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”, uma vez que a ADO tem por escopo conferir plena efetividade àquelas normas chamadas de “não auto executáveis”, objeto da referida ação (DANTAS, 2018, p. 256).

Sabe-se que no âmbito estrutural das normas constitucionais, tem-se as de eficácia plena que por si só produzem seus efeitos com aplicabilidade imediata, assim como existem aquelas com eficácia reduzida ou limitada, que necessariamente, precisam de regulamentação, ocorre que muitas vezes, o ente competente para regulamentar a referida norma, queda-se inerte e diante da omissão do ente legislativo ou do Poder Público, a ADO busca dar efetividade plena as normas de eficácia limitada para sua total aplicabilidade (SILVA, J. A., 1982, p. 02).

Tem-se que como legitimados para propositura da ADO todos elencados no rol do artigo 103 da Constituição Federal, sendo estes:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:  
 I - o Presidente da República;  
 II - a Mesa do Senado Federal;  
 III - a Mesa da Câmara dos Deputados;  
 IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;  
 V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;  
 VI - o Procurador-Geral da República;  
 VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;  
 VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;  
 IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Além disso, a comunidade LGBTQI+, na busca pela efetivação de seus direitos, também se valeu de outro importante remédio constitucional, denominado Mandado de Injunção, que está previsto no artigo 5º, inciso LXXI da Carta Política, veja:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

O Mandado de Injunção é instrumento utilizado através da via de controle de constitucionalidade difuso, também utilizado frente à determinada omissão legislativa, a fim de viabilizar a regulamentação das normas que necessitam dessa complementação para terem aplicabilidade e eficácia plena e não se tornem “letras mortas”, especificamente, no tocante à nacionalidade, soberania e cidadania, como expressamente descreve o texto legal acima citado, razão pela qual tem o campo de atuação mais restrito quando comparado à ADO, além disso, por se tratar

de controle difuso tem eficácia *inter partes*, enquanto que no controle concentrado a eficácia é *erga omnes* (MARTINS, F., 2019, p. 1.208).

No caso em estudo, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros ajuizou Mandado de Injunção Coletivo, regulamentado pela Lei 13.300/06, em seu artigo 12 (BAHIA, 2017, p. 212), *in verbis*:

Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal .

Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

Feitos os devidos esclarecimentos, passamos a análise mais aprofundada da utilização desses dois instrumentos constitucionais na criminalização da homofobia.

Observa-se que, a fim de efetivar o direito à dignidade e garantir proteção à comunidade LGBTQI+ diante da intolerância e condutas homofóbicas, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, ao passo que a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros ajuizou Mandado de Injunção Coletivo n. 4.733, pretendendo por meio do controle difuso e concentrado, a efetivação de suas garantias e a quebra do silêncio legislativo perante a questão.

O Supremo Tribunal Federal analisou a questão sob os ditames do artigo 5º inciso XLI e XLII, fazendo jus ao argumento de que o Congresso Nacional se manteve omissos acerca da regulamentação das normas sobreditas, uma vez que tais normas indicam a necessidade de criminalização a qualquer prática discriminatória que afronte os direitos e liberdades fundamentais.

Entretanto, sabe-se que o STF não pode atuar como legislador positivo, uma vez que o principal objetivo do controle de constitucionalidade, como explanado anteriormente, é apenas assegurar a efetiva observação aos ditames constitucionais e a todos os direitos e garantias fundamentais. Sendo assim, não cabe uma análise crítica do STF, pois, não tem competência para criar um tipo penal específico que incrimine a homofobia, se assim fizesse estaria claramente violando o princípio da reserva legal, que possui como postulados, lei escrita, estrita, certa e prévia (SALIM; AZEVEDO, 2017, p. 48).

Tanto é assim que, no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.690, o Ministro Relator Celso de Mello, entendeu:

[...] Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes [...].<sup>4</sup>

Assim, a fim de afastar o imbróglio no julgamento da ADO nº 26, os Ministros, defenderam a utilização da interpretação conforme a constituição para enquadrar a homofobia e a transfobia como uma forma de racismo, veja:

[...] para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89 [...] que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger) [...] (BRASIL, 2019, p. 01).<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> STF, MS 22690/CE, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 17.04.1997, DJE 17.12.2006.

<sup>5</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 13.06.2019, DJE 06.10.2020.

E, para tanto, subsumiram as condutas homofóbicas no chamado “racismo social”, conceituado pelo STF no julgamento do HC 82.424/RS, conhecido como “caso Ellwanger”.<sup>6</sup>

Dessa forma, limitaram a homofobia e transfobia como formas de racismo, aplicando para tanto, a Lei 7.716/89, justificando assim, que não houve a criação de um tipo penal, e então apenas teriam amoldado a conduta a uma tipificação já existente, considerando suficiente para a proteção da comunidade LGBTQI+ (CAVALCANTE; OLIVEIRA; FARIA, 2019, p. 01).

Também por essa razão, sustentou o STF que resta afastada a hipótese de sentença aditiva<sup>7</sup>, uma vez que o Ministro Relator se manifestou no sentido de que, no caso em questão, apenas foi necessária a interpretação do texto constitucional. O Ministro Roberto Barroso, discorreu no mesmo sentido, veja:

O relator observou que este Tribunal não está fazendo analogia in malam partem ao aplicar lei existente sobre discriminação em sentido amplo, que compreende a discriminação racial (Lei 7.716/1989). Também não procede, diante da Constituição, dissociação entre texto e norma. A CF contém expresse comando de punição penal para a discriminação homofóbica e a extensão prospectiva da lei de discriminação racial, até a edição específica de norma pelo Poder Legislativo, não viola o princípio da anterioridade da lei penal. [...] O ministro Roberto Barroso assegurou que, enquanto o Congresso Nacional não atuar, incide a Lei do Racismo, não por analogia ou interpretação extensiva, mas porque, no conceito de racismo firmado pelo STF, estão colhidas as situações tipificadas na lei. Ademais, compreendeu que a homofobia deve ser tratada como motivo fútil ou torpe nos outros tipos penais previstos no Código Penal [...] (BRASIL, 2019, p. 01).

Ainda sobre a decisão da ADO nº 26, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a omissão legislativa inconstitucional do Poder Legislativo da União, entendendo que houve abuso do poder conferido pela Constituição Federal a este órgão, uma vez que não regulamentou as normas constitucionais (THAMAY; SEIXAS, 2020, p. 16).

---

<sup>6</sup> STF, HC 82.424/RS, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 17.09.2003, DJE 19.03.2004 – 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

<sup>7</sup> Conceito de sentença aditiva: as sentenças aditivas são aquelas nas quais a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma disposição legislativa dada, na parte em que não expressa certo conteúdo, conteúdo este que deveria estar expresso e contido no texto legislativo para que ele fosse conforme a Constituição (ABBOUD, 2018, p. 476).

## 4.2 Análise Jurídica Quanto aos Efeitos da Criminalização da Homofobia pelo Supremo Tribunal Federal

Neste cenário, depreende-se que, de fato, o órgão correto para o debate do tema em questão era o Poder Legislativo, uma vez que este teria condições muito mais amplas para proteção dos LGBTQI+, pois, capaz até mesmo de criar um tipo penal específico para a homofobia e transfobia, que trouxesse em sua descrição as condutas homofóbicas como elementar do tipo (PORTILHO; GONÇALVES; CALDAS, 2019, p. 08).

No mesmo sentido, completa Claus Roxin (1997, p. 169):

Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *tus puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; [...].<sup>8</sup>

Evidente, que se assim fosse, a proteção ao grupo vulnerável em estudo, seria consideravelmente mais eficaz, pois, seria possível atuar com clareza quando se pensa na organização prática do sistema penal na repressão ao crime.

Entretanto, há de se reconhecer que, no âmbito popular, a atuação do Supremo Tribunal Federal foi admirável, porque agiu como última esperança da comunidade LGBTQI+ na tentativa de efetivar seus direitos fundamentais, considerando que esse grupo social é uma minoria que sofre demasiadamente diante do preconceito enraizado numa sociedade extremamente machista e intolerante, mesmo frente a um século inovador, sabe-se que a luta quanto às incomplacências do ser humano é diária e custosa (TEIXEIRA, C. A., 2019, p. 34).

Por esse motivo, principalmente na ótica LGBTQI+, acredita-se que a atuação do guardião constitucional equivale a uma conquista substancial ao sistema penal, todavia, na visão jurídica penal talvez não seja possível amparar e proteger com êxito o grupo vulnerável, da maneira que seria necessária para resguardar seus direitos.

---

<sup>8</sup> Tradução livre: “uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo [...]”.

No entanto, diante do clamor social e do encargo moral e sociológico que o tema abrange, o STF agiu com escopo de salvaguardar e tutelar os direitos da comunidade LGBTQI+.

Observa-se que, ainda que exercendo função atípica, o órgão julgador esforçou-se para não violar os preceitos fundamentais, seja em relação aos ditames penais, como o princípio da reserva legal, seja no que diz respeito a tripartição dos poderes e a segurança jurídica, ainda assim, ao nosso ver, o Poder Judiciário inovou no âmbito jurídico penal e atuou de forma ilimitada ao aplicar analogia no caso em questão.

Quanto ao princípio da reserva legal, o qual encontra previsão no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal e no 1º do Código Penal, é considerado pela doutrina majoritária, como sinônimo do princípio da legalidade penal, representado pela expressão latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*”. Com relação ao tema, Paulo Bonavides (2000, p. 141-142) defende a seguinte concepção:

O princípio de legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranqüilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

Sendo assim, dentre as diversas funções intrínsecas ao princípio da reserva legal, uma de suas principais vertentes é a proibição do emprego de analogia para tipificação de condutas criminosas, em especial, veda a analogia *in malam partem*, além disso, o tipo penal incriminador pede pela descrição proibitiva precisa, afastando a incidência de conceitos vagos e imprecisos (GRECO, 2019, p. 179).

Como mencionado anteriormente, o STF incluiu a homofobia e a transfobia no tipo penal descrito na Lei 7.716/89, sob a justificativa de que se enquadra ao conceito de racismo social, ocorre que, ao que nos parece, trata-se de aplicação de analogia *in malam partem*, vedada pelo Direito Penal, veja:

A analogia, como vimos, representa um método de integração do direito positivo. Com ela, suprem-se as lacunas normativas, aplicando-se uma lei para fora de seu âmbito ou esfera de incidência, vindo assim a corrigir a omissão detectada. Pode ser utilizada em favor do réu, jamais contra este, por malferir o princípio da legalidade (LENZA; ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 90).

Entende-se que é um risco aplicar a analogia *in malam partem* no sistema penal, já que além de ferir frontalmente o princípio da legalidade, facilita as práticas arbitrárias e autoritárias, que devem ser reprimidas e afastadas pelo Direito Penal, pois é o mecanismo mais severo de controle social, que pode cercear a liberdade de um indivíduo, razão pela qual é tão importante a observância dos pilares fundamentais desta disciplina, como o princípio da legalidade e o da não culpabilidade, dessa forma, inexistindo norma incriminadora expressamente positivada, o crime também seria inexistente (TEBAR, 2019, p. 11).

No entanto, existem aqueles que defendem que a inclusão da homofobia e transfobia na Lei 7.716/89 não configuraria a analogia *in malam partem*, tratando-se apenas de interpretação extensiva, pois estaríamos diante de um vácuo legislativo, já que a Lei 7.716/89 teria dito menos do que deveria ao tipificar os crimes resultantes do preconceito de raça e de cor (CABRAL, 2019, p. 63).

Nas palavras do jurista Cleber Masson (2017, p. 181), a interpretação extensiva “[...] é a que se destina a corrigir uma fórmula legal excessivamente estreita. A lei disse menos do que desejava (*minus dixit quam voluit*). Amplia-se o texto da lei, para amoldá-lo à sua efetiva vontade”.

Como se verifica, a interpretação extensiva é utilizada quando a lei penal deixa lacunas a serem sanadas ou até mesmo quando se vale de uma descrição generalizada ou abrangente, mas não deve ser utilizada para preencher um vácuo deixado pelo próprio ordenamento jurídico, como é o caso da criminalização de condutas homofóbicas ou transfóbicas.

Ocorre que no caso em estudo, inexistia no seio jurídico qualquer previsão categórica quanto a criminalização da homofobia e transfobia, não sendo possível uma interpretação ampliativa daquilo que não tem existência material no sistema penal, portanto, ao que nos parece, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, fere o princípio da reserva legal em razão da aplicabilidade da analogia *in malam partem*.

Neste sentido:

Diante de uma profunda discussão teórica, restaram-se comprovadas que a interpretação do STF no recente julgamento não foi a extensiva, interpretação essa que diz que o legislador teria dito 'o menos', sendo incabível que no crime de Racismo, uma conduta seja 'menos' ou 'mais' que outra, sendo todas altamente discriminatórias e prejudiciais a dignidade da pessoa humana. A conduta do STF mais aproximou-se de uma conduta usando a interpretação analógica, por ter se usado justamente a tática de suprir lacunas na lei, onde se aplica uma norma existente há um caso semelhante que não tem previsão legal. Como na tipificação da homofobia essa interpretação causou, claramente, malefício ao réu, pois incorre em pena privativa de liberdade dentre outras sanções, é inconcebível que se adote essa postura, pois se configura dano ao Princípio da Legalidade e da Reserva Legal, que também são caros à democracia (NOGUEIRA, 2019, p. 45).

Além disso, para Konrad Hesse (2012, p. 03), as normas devem ser interpretadas para aclararem as obscuridades deixadas pelo corpo legislativo, trazendo ao ordenamento jurídico maiores certezas, todavia, caso não seja este o escopo da interpretação, não haveria sentido em utilizá-las, veja:

El cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente 'correcto' a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión.<sup>9</sup>

Entretanto, como já esposado alhures, sabe-se que o Poder Judiciário foi o último apelo que encontrou a comunidade LGBTQI+, diante da mora legislativa, sendo perfeitamente compreensível o apelo social, reconhecendo o valioso progresso para a comunidade LGBTQI+. Elucidando que, o presente trabalho visa examinar juridicamente a questão, e nesta ótica, as considerações ponderadas são pertinentes.

Até mesmo porque, a efetivação da criminalização da homofobia pelo órgão do Poder Judiciário não protege efetivamente a comunidade LGBTQI+, veja:

[...] diante do arcabouço jurídico atual e a partir de uma visão balizada nos princípios da legalidade e da reserva legal, os incisos LXVI e LXVII, do art. 5º, da Constituição Federal não foram completamente implementados, de modo que a comunidade LGBTQI+ se encontra desprotegida, sem o manto da legislação penal criminalizando os atos discriminatórios. Para sanar tal

---

<sup>9</sup> Tradução Livre: A tarefa da interpretação é encontrar o resultado constitucionalmente "correto" através de um procedimento racional e controlável, a base para este resultado, de forma igualmente racional e controlável, criando, assim, certeza e previsibilidade legais, e não, talvez, a simples decisão pela decisão.

omissão, a medida correta seria pressionar politicamente as Casas Legislativas federais, e não o Poder Judiciário (CABRAL, 2019, p. 62).

Razão pela qual, verifica-se que, a discussão em tela supera a controvérsia da (in)constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal para decidir sobre a questão, diante das adversidades apontadas.

Nota-se que o Poder Judiciário tem se sobressaído notoriamente com relação aos demais poderes. É compreensível que este poder opera na tentativa de concretizar os direitos fundamentais e constitucionais, no entanto a atuação ativista irrestrita traz consequências negativas para o Estado Democrático de Direito.

Não podemos negligenciar o Estado Democrático, pois é o pilar de sustentabilidade do sistema constitucional brasileiro. E, ao passo que o Judiciário ganha amplo renome, o descrédito do Poder Legislativo aumenta gradativamente.

Neste toar, percebe-se que o Poder Judiciário tem ganhado status fraternal na visão social na busca constante pela efetivação de direitos fundamentais, e realmente, trouxe conquistas substanciais para o ordenamento jurídico, todavia, não se pode afirmar que é algo positivo ao Estado Democrático de Direito vislumbrar o Poder Judiciário como uma espécie de herói (PINHO, 2019, p. 54-55).

Entende-se o descrédito conferido pela sociedade ao Poder Legislativo, por não representar os cidadãos de forma efetiva e democrática, visto que, atualmente, gradativamente se vislumbra como os parlamentares se contaminam com as corrupções do campo político (GARCIA; ZACHARIAS, 2012, p. 10).

Ocorre que, não justifica a atuação irrestrita do Poder Judiciário, que não pode tomar para si àquelas questões encaradas com maior complexidade pelo Poder Legislativo, pois, constantemente teríamos uma usurpação dos ditames conferidos na Carta Política a cada um dos três poderes, ademais, tal conduta culmina ainda mais para a infâmia do Legislativo, de modo que, em regra, o Direito e a Política devem ser campos desconexos (PONTES; TEIXEIRA, 2013, p. 14).

Dentro da ótica jurídica, sabe-se que a concentração de esforços em um único poder é imprudente, pois, é deste campo centralizador que advém condutas arbitrárias, exatamente pela não existência de freios e contrapesos entre os poderes.

Numa visão um tanto mais crítica, Conrado Hubner Mendes, Docente da Universidade de São Paulo, entende que o Supremo Tribunal Federal, por vezes,

“agride a democracia”, defendendo em artigo publicado junto à Folha de São Paulo, que o Supremo atua numa condição de “Poder Tencionador”, uma vez que, ao tomar determinadas decisões, multiplica incertezas e estimula ainda mais os conflitos. Argumentou ainda, que atualmente, criou-se uma espécie de “zona franca da Constituição”, justificando que a Carta Política tem sido vista com discricionariedade de forma a impedir o Estado de Direito (MENDES, 2018).

Assim, nesta perspectiva, a criminalização por ampliação do tipo penal, levando em consideração condutas que não estão descritas expressamente em seu núcleo do tipo, por meio de jurisprudência, criaria precedente temerário em matéria penal, atingindo a segurança jurídica e ampliando o campo interpretativo, o que *a priori*, aparenta ser algo positivo e louvável, mas a longo prazo pode se mostrar pernicioso ao extremo (SILVA, D. R., 2019).

Ademais, seria como não garantir à comunidade LGBTQI+ o direito à isonomia, tratado como fundamental na Carta Política, pois, mercedores de tipo penal incriminador particular (ARRUDA; SILVA, 2020).

Cediço que a homofobia e transfobia advém de um preconceito enraizado no seio social, que se mostra intolerante e inflexível, sabe-se ainda que a comunidade LGBTQI+ sofre com ataques repugnantes pelo simples fato de serem gays, lésbicas, bissexuais e transsexuais, entre outras formas de orientações sexuais, sendo que o Brasil está entre os países mais preconceituosos no diz respeito à homofobia e transfobia (CUNHA, 2015).

Não obstante, apesar da decisão do Supremo Tribunal Federal ter conferido ao grupo vulnerável maior visibilidade e prestígio, não há real proteção ao grupo. Quando se institui um delito no sistema penal, deve se pensar de forma pormenorizada, lavando em consideração a *persecutio criminis*, privilegiando, sobretudo a segurança jurídica e o princípio da legalidade.

Neste sentido defende Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 51):

Levando-se em consideração que o direito penal veda o uso da analogia (processo de integração da lei, que atua através de um método de semelhança, quando houver lacuna) para criar tipos penais incriminadores, é preciso evitar a elaboração de definições legais de crimes que sejam tão vagas, quanto inseguras.

Atualmente, sabe-se que diante da complexa transformação social em constante desenvolvimento, o sistema penal enfrenta amplos impasses quanto a real

finalidade da repressão criminal, assim como, com relação a efetiva proteção que o tipo penal promete a sociedade ao tutelar bens jurídicos, muitas vezes o Estado não consegue cumprir efetivamente o *jus puniendi*, sendo considerado como ultrapassado frente aos novos riscos sociais (NERES, 2018).

O que se busca explicar, é que, a tipificação criminal deve ser pensada a longo prazo, não há razões para inovar o ordenamento jurídico penal de forma pouco racional e não detalhada, pois por diversas vezes culminará em proteção deficiente da sociedade como um todo.

Não é nenhuma novidade afirmar aqui, que vivemos em uma sociedade que preceitua conceitos machistas mesmo frente às grandes movimentações sociais atuais, logo, este fator também contribui para a não efetivação útil a ampla proteção LGBTQI+, quando se pensa por este viés, levando em consideração os aplicadores do Direito no campo prático, lamentavelmente, pode se tornar mais dificultosa a investigação e o deslinde da *persecutio criminis*.

Apenas a título de exemplo, se faz um comparativo com os crimes cometidos no âmbito da violência doméstica contra a mulher que constantemente são vítimas de violência física e psicológica apenas por seu gênero, historicamente visto como inferior, infelizmente (SOUZA, P. R., 2009).

Na ocasião sobredita, a legislação penal encontra-se em constante evolução, tanto que existe lei específica para repressão dos crimes cometidos no âmbito da Violência Doméstica contra a mulher, qual seja a Lei 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha (NOLETO; BARBOSA, 2019).

Além disso, a legislação pertinente incluiu no próprio Código Penal qualificadoras e agravantes para as hipóteses em que os delitos são cometidos em prevalência de relações domésticas de familiares, como se verifica no artigo 61, inciso II, alínea "f" e artigo 129 § 9º, ambos do Código Penal.

É claro que o aparato legislativo supracitado é uma conquista indiscutível que vem garantindo progressivamente o amparo à mulher.

Busca-se demonstrar, de forma breve que, mesmo com proteções singulares em que a legislação mediu esforços para proteger precisamente um grupo vulnerável, no caso, as mulheres ante o histórico social machista que permeia a humanidade, muitas vezes, ainda assim não se consegue amparar efetivamente as mulheres (OLIVEIRA, A. P., 2015, p. 44).

Portanto, nos parece que, a inclusão da homofobia e transfobia na Lei do Racismo não é capaz de conferir segurança a comunidade LGBTQI+, tampouco tutela efetiva aos seus direitos.

Os motivos expostos, nos levam a crer que a decisão do Supremo Tribunal Federal quando da criminalização da homofobia não foi a mais acertada. A uma, pois coloca em risco os princípios norteadores da Carta Política, quais sejam, a segurança jurídica, a tripartição dos poderes, a legalidade e reserva legal, e por fim, o Estado Democrático de Direito. A duas, pois pouco protege a comunidade LGBTQI+, que necessita de tutela legislativa específica e detalhada.

Neste sentido, o voto no Ministro Ricardo Lewandowski, na ADO nº 26:

Segundo Carlos Roberto Siqueira Castro, “445 LGBT+ morreram no Brasil em 2017, vítimas da homotransfobia, sendo 387 assassinatos e 58 suicídios. A cada 19 horas, um LGBT é brutalmente assassinado ou se suicida vítima da ‘LGBTfobia’. Matam-se mais homossexuais no Brasil do que nos 13 países onde vigora pena de morte contra os LGBTs”.<sup>20</sup> Inevitável concluir que são mortes fruto do preconceito e da intolerância. Muito poderia ser feito para proteger esses grupos minoritários, e a criminalização de condutas seria um passo importante. Parece-me inconteste que se deve reconhecer a mora legislativa neste sentido. Entretanto, a par de reconhecer a mora legislativa, pouco pode esta Corte fazer, não é viável invocar os precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção – MIs 670, 708 e 712 por conta de uma distinção fundamental a incidir neste caso: este processo diz respeito à matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta (BRASIL, 2019, p. 16/17).

Todavia, não se discute que foi um passo considerável para posteriores conquistas significativas a comunidade LGBTQI+.

Contudo, nota-se que é competência exclusiva para legislar sobre matéria penal é privativa da União, conforme o artigo 22 da Carta Política. Não obstante, se reconhece a desídia do Poder Legislativo para com a criminalização da homofobia, deixando de observar o direito supra a isonomia, assim como o artigo 5º, inciso XLI da Constituição Federal.

Ocorre que, o ativismo judicial exercido no caso em questão, não foi efetivo o suficiente para implementar direitos fundamentais, sendo que, além de tratar-se de aplicação de analogia *in malam partem*, majoritariamente vedada pela doutrina e jurisprudência pátria, nota-se que a comunidade LGBTQI+ fica à mercê do Poder Legislativo novamente, como descreve a própria decisão da Corte Suprema, quando diz “[...] 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 [...]” (BRASIL, 2019, p. 01).<sup>10</sup>

Cediço que o ativismo judicial é prática legítima dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e que por meio desta muitos direitos e garantias fundamentais foram observados e conquistados, como exemplo, cita-se a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 54, que permitiu a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Ocasão em que, o Ministro Relator Marco Aurélio pontuou a necessidade de se olhar para as mulheres com solidariedade e humanidade, reconhecendo a prevalência da dignidade da mulher frente a um feto que não possui chances de sobreviver.<sup>11</sup>

No entanto, isso não afasta a perspectiva de que a interferência entre os poderes deve ser exceção à regra, principalmente em matéria penal. Apesar de superficialmente parecer algo positivo a atuação dinâmica do Supremo Tribunal Federal, visto como “herói” socialmente, sabe-se que em um panorama jurídico, a prevalência explícita de um dos poderes sobre o outro evidencia o desequilíbrio entre os poderes constitucionais (MELLO; RITA, 2019).

Não há dúvidas quanto à atuação precária do Poder Legislativo na representatividade da sociedade, mas, a atuação irrestrita do Poder Judiciário no ativismo judicial não pode ser vista como principal solução a este imbróglio, pois implica diretamente na forma pela qual nos organizamos enquanto federação, bem como, na segurança jurídica.

No mesmo sentido:

Cabe ao STF assim como ao Executivo, o Judiciário no geral e a sociedade que se coloque pressão no Congresso Nacional para que este pare com o comportamento omissivo de evitar debater assuntos tão caros a sociedade e aos direitos e garantias fundamentais, como a discriminação a homossexuais, transexuais e transgêneros, garantindo o respeito e um governo não só para majorias, mas para minorias também, e que essa evolução social ocorra de uma forma que não ofereça um risco a ordem

<sup>10</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 13.06.2019, DJE 06.10.2020.

<sup>11</sup> STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 12.04.2012, DJE 30.04.2013 - A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

democrática e nem lance precedentes perigosos, como a permissão de que os juízes ultrapassem princípios e decidam conforme suas convicções pessoais, afetando assim a segurança jurídica (NOGUEIRA, 2019, p. 46).

De fato, o Poder Legislativo tem-se mantido inerte diante de inúmeras questões relevantes para o ordenamento jurídico pátrio, assim como para a evolução do Direito enquanto ciência jurídica.

Observa-se que com a criminalização da homofobia, o Congresso Nacional não agiu diferente, se manteve omissos diante do clamor social, que buscava a representatividade da minoria. Por outra banda, em que pese o princípio da separação dos poderes não seja absoluto, permitindo flexibilizações para garantir e efetivar direitos fundamentais como demonstrado ao longo do trabalho, o Estado Democrático de Direito, assim como a segurança jurídica são pilares de sustentação da sistemática brasileira, razão pela qual, o protagonismo ativista do Poder Judiciário não pode ser recurso visto como meio trivial e ordinário para sanar as omissões legislativas.

## 5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, após aprofundar os estudos do tema em pesquisas bibliográficas, depreende-se que é de suma importância, para a efetivação do Estado Democrático que a sociedade seja organizada de forma estrutural, dada sua complexidade e regida, portanto, por meio de um governante, mas que este não detenha todos os poderes para si.

É assim, pois, examinando a questão concernente à tripartição dos poderes, conclui-se que a fragmentação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, modelo proposto pelo ilustre filósofo Charles de Secondat Montesquieu, está entre as principais formas de se manter o Estado Democrático de Direito, pois cria um sistema de autonomia e fiscalização entre os poderes, conhecido como sistema de freios e contrapesos, pelo qual um poder pode controlar a legalidade dos atos do outro evitando arbitrariedades e injustiças, caso contrário, se não observada a forma de separação entre os poderes se instaura o caos social, pois certamente, estará concedendo mais força e domínio a um dos poderes, que por consequência, terá maior controle sobre os demais, o que naturalmente gerará decisões abusivas.

Dentro dessa ótica, cada um dos poderes deve se limitar ao exercício de funções típicas, sendo viável o desempenho de funções atípicas somente em casos esporádicos, para que se mantenha o equilíbrio democrático.

Diante disso, aprofundou-se o estudo quanto à omissão do Poder Legislativo e as decisões tomadas pelo Poder Judiciário neste âmbito, constatando que a omissão legislativa ocorre por diversos motivos, dentre eles a morosidade existente no sistema e a infidelidade dos governantes no tocante aos interesses políticos e econômicos. Em continuidade, observou-se que em razão da precária atuação do Poder Legislativo no que diz respeito à representatividade democrática, assim como ao descrédito gradativo que sofre atualmente, por diversas vezes, o Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal toma as vezes dos parlamentares, na busca da efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Neste sentido, pontua-se que a prática ativista é legítima dentro do ordenamento jurídico pátrio, mas deve ser empregada com extrema cautela, principalmente em matéria penal, concluindo que o ativismo judicial não pode ser encarado como uma solução pronta à omissão do órgão legislativo.

Diante desta constatação, passou-se a análise da criminalização da homofobia, decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 26 e Mandado de Injunção nº 4.733, ato respeitável, entende-se que a Suprema Corte teve boa intenção ao decidir criminalizar a homofobia e a transfobia, pois são atitudes repugnantes, mas, no presente trabalho, buscou-se uma análise jurídica acerca da decisão, apurando que, os efeitos deste ato a longo prazo pode não ser muito assertivo.

Em que pese se reconheça a mora legislativa no tocante ao tema entende-se que ao criminalizar a homofobia o Supremo Tribunal Federal utilizou-se de analogia *in malam partem*, vedada pelo Direito Penal em razão do princípio da legalidade ou da reserva legal, uma vez que, na tentativa de suprir uma lacuna da lei, subsumiu a homofobia e transfobia à Lei do Racismo, ante ausência de previsão legal.

Além disso, criou-se um “tipo penal” aberto, sem condutas detalhadas, ficando a comunidade LGBTQI+ novamente à mercê do legislativo efetivar alguma regulamentação, consequências que podem gerar grande caos na ordem penal prática, ferindo frontalmente a segurança jurídica. Ademais, o Poder Legislativo tem competência para criar tipo penal específico para a proteção da comunidade LGBTQI+, de forma que tutele amplamente seus direitos, garantindo ainda a legítima isonomia deste grupo minoritário.

Muitas das vezes, a tipificação da conduta criminosa apenas estará posta no “papel” e não será efetivamente implementada, o que de fato seria necessário para o meio social, uma vez que, não há base jurídica para estabelecer quais são as condutas capazes de ensejar uma investigação policial, e que posteriormente, fundamentem a propositura de uma denúncia individualizada, e por fim, poucos também serão os elementos para o Magistrado proferir sentença definitiva, cerceando a liberdade de algum indivíduo, por isso, as intervenções atípicas no âmbito dos outros poderes devem ser pensadas com muita cautela, sob pena de instaurar mais conflitos do que soluções.

Sendo assim, discutiu-se que a prática do ativismo judicial deve se dar de maneira extremamente excepcional, sendo que, sempre que possível, antes da tentativa de ingerência em âmbito estranho, é bem mais proveitoso e lógico que se criem mecanismos para efetivar a atuação legislativa, como meios alternativos para que a produção legislativa seja mais célere, bem como, conscientização do voto

direto, com a finalidade de realmente eleger um representante aos seus interesses, a fim de se combater a posição inerte do Poder Legislativo.

Portanto, constata-se que é extremamente necessário que se mantenha a tripartição dos poderes, para que então seja possível manter também o Estado Democrático de Direito e somente assim efetivar todos os direitos e garantias dos cidadãos, dessa forma, numa ótica futura, o campo prático será exercido com base em juízo de certeza, como deve ser, privilegiando a segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ANDRADE, Jorge Marley de. Os Três Poderes da República, Tribunal Superior Eleitoral, **Revista Eletrônica EJE**, dez.2010/jan.2011. Disponível em: [http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/979/tres\\_poderes\\_republica\\_andrade.pdf?sequence=1](http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/979/tres_poderes_republica_andrade.pdf?sequence=1). Acesso em: 13 abr. 2020.

ARRUDA, Janaína Moreira Maciel; SILVA, Luma Araújo da Rocha. **A Criminalização da Homofobia: equiparação ao crime de racismo sob a ótica do Supremo Tribunal Federal – Análise da Ado nº 26**, 2020. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigo/54895/a-criminalizacao-da-homofobia-equiparao-ao-crime-de-racismo-sob-a-tica-do-supremo-tribunal-federal-anlise-da-ado-n-26>. Acesso em: 11 set. 2020.

BAHIA, Flavia. **Coleção Descomplicando - Direito Constitucional**. 3 Ed. Recife-PE: Armador, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 8 Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 13 abr. 2020.

BERÇOCANO, Andreia de Oliveira; MARCATO, Gisele Caversan Beltrame. **Funcionalidade Dos Poderes Do Estado**, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7885>. Acesso em: 13 abr. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

BRASIL, Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Brasília: Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil**. Brasília: Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL, Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília: Rio de Janeiro: Diário Oficial da União. 7 Ed. Salvador/BA: JusPodivm, 2020.

BRASIL, **Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Congresso Nacional. 7 Ed. Salvador/BA: JusPodivm, 2020.

BRASIL, **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional. 7 Ed. Salvador/BA: JusPodivm, 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, Distrito Federal – Voto RL**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADO 26**. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 06 de outubro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54 / DF - Voto**, 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 05 out. 2020

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em 05 out.2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 82424/RS**. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator Min. Moreira Alves. Brasília, 19 de março de 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF**, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo931.htm#Homofobia%20e%20omiss%C3%A3o%20legislativa%20%E2%80%93%20>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **MS 22690/CE**. Impetrante: João Viane Gomes Rocha. Relator Min. Celso de Mello, Brasília, 07 de dezembro de 2006. Disponível

em:<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92521/false>. Acesso em 14 ago. 2020.

BURGEL, Letícia. **A Problemática dos Tipos Penais Abertos no Direito Penal Contemporâneo**, 2014. Disponível em:

[http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/4/2017\\_04\\_0981\\_1015.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_0981_1015.pdf). Acesso em: 14 abr. 2020.

CABRAL, Vinícius Fernandes de Lima. **Análise Jurídico Constitucional da Decisão Proferida pelo Ministro Celso de Mello na Relatório da Ação de Direito de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF**, 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal/RN, 2019.

Disponível

em:[https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/9312/1/AnaliseJuridicoConstitucional\\_Cabral\\_2019](https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/9312/1/AnaliseJuridicoConstitucional_Cabral_2019). Acesso em: 11 set. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARDOZO, José Eduardo. **A Crise do Legislativo**, 2009. Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142009000300008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000300008).

Acesso em: 14 abr. 2020.

CAVALVANTE, Leticia Ferreira; OLIVEIRA, Rosa Lícia Rocha de; FARIA, Marcus Vinicius Aguiar. **O Debate Na Jurisdição Constitucional Sobre A Criminalização Da Homofobia E Transfobia (STF, MI 4733 e ADO 26)**, 2019. Disponível em:

<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/cic/article/view/389>. Acesso em: 10 ago. 2020.

CUNHA, Carolina. **Homofobia – preconceito, violência e crimes de ódio**, 2015.

Disponível em: [https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-](https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/homofobia-preconceito-violencia-e-crimes-de-odio.htm)

[disciplinas/atualidades/homofobia-preconceito-violencia-e-crimes-de-odio.htm](https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/homofobia-preconceito-violencia-e-crimes-de-odio.htm).

Acesso em: 17 set. 2020.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 8 Ed.

São Paulo: Saraiva jur, 2018.

FORTES, Wanessa Mota Freitas. **Sociedade, direito e controle social**, 2010.

Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-82/sociedade-direito-e-controle-social/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

GARCIA, Luciyellen Roberta Dias; ZACHARIAS, Ricardo Almeida. **Crise de Legitimidade do Poder Legislativo e Ativismo Judicial: Uma Análise Crítica do Fenômeno como Fator de Risco para o Estado Democrático de Direito**, 2012.

Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7d5430cf85f78c4b>.

Acesso em: 17 set. 2020.

GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Organização dos poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988**, 2008. Disponível em:

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/1685/1604>. Acesso em: 11 abr. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18 Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**, 2012. Disponível em: [http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2018/files/5\\_interpretaci%C3%B3n\\_constit\\_k\\_hesse\(1\).pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2018/files/5_interpretaci%C3%B3n_constit_k_hesse(1).pdf). Acesso em: 13 set. 2020.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**, 1651. Disponível em: <https://lelivros.love/book/baixar-livro-leviata-thomas-hobbes-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>. Acesso em: 11 abr. 2020.

LAGES, Cintia Garabini. **Separação dos Poderes: tensão e harmonia**, 2008. Disponível em: [https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:ZiLlgH20oK8J:scholar.google.com/+independ%C3%Aancia+e+harm%C3%B4nia+dos+tr%C3%AAs+poderes&hl=pt-BR&as\\_sdt=0,5](https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:ZiLlgH20oK8J:scholar.google.com/+independ%C3%Aancia+e+harm%C3%B4nia+dos+tr%C3%AAs+poderes&hl=pt-BR&as_sdt=0,5). Acesso em: 11 abr. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**, 22 Ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018.

LENZA, Pedro; ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**. 1 Ed. São Paulo: Saraiva jur, 2012.

MARTINS, Flavio. **Curso de Direito Constitucional**. 3 Ed. São Paulo: Saraiva jur, 2019.

MARTINS, Sérgio Merola. 2019. **Ativismo Judicial: tudo que você precisa saber**. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em: 24 mar. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal – Parte Geral**, 11 Ed. São Paulo: Método, 2017.

MELLO, Pedro Santoro de; RITA, Vitor Santa. **A Judicialização da Política no Brasil: Os Desafios, os Limites na Atuação do Judiciário e a Defesa dos Princípios Constitucionais**, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-182/a-judicializacao-da-politica-no-brasil-os-desafios-os-limites-na-atuacao-do-judiciario-e-a-defesa-dos-principios-constitucionais/>. Acesso em: 09 out. 2020.

MENDES, Conrado Hubner. **Na prática, ministros do STF agredem a democracia, escreve professor da USP**, 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>. Acesso em: 14 set. 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das Leis**. 2 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13 Ed. São Paulo: Atlas SA, 2003.

NEGRELLY, Leonardo Araújo. **O Ativismo Judicial e seus Limites frente ao Estado Democrático**, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

NERES, Rogério. **A crise do Direito Penal**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63818/a-crise-do-direito-penal>. Acesso em: 08 out. 2020.

NOGUEIRA, Milena Alves. **Análise Jurídico-Constitucional da criminalização da homofobia: da omissão legislativa ao ativismo judicial**, 2019. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/13434>. Acesso em: 03 out. 2020.

NOLETO, Karita Coelho; BARBOSA, Igor de Andrade. **A Efetividade da Lei Maria da Penha no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-efetividade-da-lei-maria-da-penha-no-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/>. Acesso em: 16 set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Andressa Porto de. **A eficácia da Lei Maria da Penha no combate à violência doméstica contra a mulher**, 2015. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/851>. Acesso em: 16 set. 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 11 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, João Guilherme Silva Marcondes. **Do caráter aberto dos tipos penais**, 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-02082011-112356/publico/Do\\_carater\\_aberto\\_dos\\_tipos\\_penais\\_VERSAO\\_PARCIAL.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-02082011-112356/publico/Do_carater_aberto_dos_tipos_penais_VERSAO_PARCIAL.pdf). Acesso em: 18 maio 2020.

PADOVEZ, Rafael Silva; SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de. **A (I)Legalidade da Criminalização da Homotransfobia**, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/IFDIDH/article/view/8149>. Acesso em 16 abr. 2020.

PINHEIRO, Victor Marcel; SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF como legislador negativo**. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/90\\_Victor-Marcel-Pinheiro.pdf](http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/90_Victor-Marcel-Pinheiro.pdf). Acesso em 12 abr. 2020.

PINHO, Samara de Oliveira. **Aspectos do Contexto Fático - Jurídico do Debate sobre a Criminalização da Homofobia e Transfobia: Análise Qualitativa Ee Quantitativa da Omissão Legislativa em face do Apelo (Social) ao STF**, 2019.

Disponível

em:<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/17470>

Acesso em: 04 set. 2020.

PONTES, Juliana de Brito Giovanetti Pontes; TEIXEIRA, João Paulo Allain. **A Crise do Direito Legislado e o Ativismo Judicial como Modelo de Efetividade Constitucional: Entre Promessas e Riscos**, 2013. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=52f4691a4de70b3c>. Acesso em: 17 set. 2020.

PORTILHO, Grazielle Jordão; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa. O Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal na Criminalização da Homofobia e Transfobia (ADO 26/DF), **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, jan./jun.2020. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/183/183>. Acesso em: 09 set. 2020.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**, 2002. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_rousseau\\_contrato\\_social.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_rousseau_contrato_social.pdf). Acesso em: 11 abr.2020.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**, 2 Ed. Madrid: Civitas, 1997.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito Penal Parte Geral Coleção Sinopses para Concursos**, 7 Ed. Salvador/BA: Jus Podivm, 2017.

SANTOS, Adairson Alves dos. **O Estado Democrático de Direito**, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-estado-democratico-de-direito/>. Acesso em: 27 mar. 2020.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro; ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **A atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo**, 2011. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/3697>. Acesso em: 12 abr. 2020.

SANTOS, Kátia Paulino; AMANAJÁS, Arley Felipe. **Democracia e corrupção no Brasil: a face tirana do poder político**, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/estacao/article/view/426/0>. Acesso em: 16 abr. 2020.

SILVA, Douglas Rodrigues da. **O perigo da criminalização por jurisprudência: o caso da homofobia**, 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/criminalizacao-por-jurisprudencia-homofobia/>. Acesso em: 14 set. 2020.

SILVA, João Carlos Jarochinski. **Análise histórica das Constituições brasileiras**, 2011. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/13910>. Acesso em: 15 abr. 2020.

- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 1982. Disponível em: <https://arquivos.integrawebsites.com.br/66582/bc2c06fb00ef651400fb18045b1797b3.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2020.
- SOUSA, Gustavo. **Vitaliciedade, inamovibilidade e outras garantias do judiciário**, 2020. Disponível em: <http://direitoconstitucional.blog.br/vitaliciedade-inamovibilidade-e-outras-garantias-do-judiciario/>. Acesso em: 28 mar. 2020.
- SOUZA, Guilherme Almeida. **Ativismo Judicial como Hermenêutica de Enfrentamento da Omissão do Poder Legislativo**, 2013. Disponível em: <http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/view/211>. Acesso em: 14 mar. 2020.
- SOUZA, Paulo Rogério de. **A Lei Maria da Penha e sua contribuição na luta pela erradicação da discriminação de gênero dentro da sociedade brasileira**, 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-61/a-lei-maria-da-penha-e-sua-contribuicao-na-luta-pela-erradicacao-da-discriminacao-de-genero-dentro-da-sociedade-brasileira/>. Acesso em: 17 set. 2020.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8 Ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2014.
- TEBAR, Natália Boigues Corbalan. **Breve Considerações Sobre o Sistema Democrático e a ADO Nº 26**, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7958>. Acesso em: 18 ago. 2020.
- TEIXEIRA, Carla Augusta de Souza. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e Mandado de Injunção nº 1733: Criminalização da Homofobia e Transfobia, um Diálogo entre os Movimentos LGBT e o Poder Público**, 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13724/1/21500456.pdf>. Acesso em: 13 set. 2020.
- TEIXEIRA, Zizler Rosângela Lobo, 2013. **Teoria Tridimensional do Direito e sua dinâmica**. Disponível em: <https://rosangelaltzhotmailcom.jusbrasil.com.br/artigos/111840162/teoria-tridimensional-do-direito-e-sua-dinamica?ref=serp>. Acesso em: 14 abr. 2020.
- THAMAY, Rennan Faria Krüger; SEIXAS, Bernardo Silva de. A Supressão De Omissão Inconstitucional Por Meio De Interpretação Constitucional: A Ado 26 E O Mi 4.733, **Caderno de Direito e Políticas Públicas**, jan./jun.2020. Disponível em: <http://seer.unirio.br/index.php/cdpp/article/view/10094>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- TREVIZAN, Ana Flávia; AMARAL Sérgio Tibiriçá. **Diferenciação entre minorias e grupos vulneráveis**, 2010. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/2319/1814#:~:text=Pode%2Dse%20conceituar%20grupos%20vulner%C3%A1veis,sociedade%20e%20do%20poder%20p%C3%ABlico>. Acesso em: 10 ago. 2020.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V.1**. 7 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAMBONE, Alessandra Maria Sabatine; TEIXEIRA, Maria Cristina. Os Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras, **Revista do Curso de Direito – Portal Metodista de Periódicos Científicos e Acadêmicos**, 2012. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/3542/3199>. Acesso em: 15 abr. 2020.

ZEIDAN, Rogério. A Legitimação e os Limites do Poder Punitivo, **Revista Jurídica Unijus**, ago.2002. Disponível em: <http://revistas.uniube.br/index.php/unijus/article/viewFile/1030/1205#page=50>. Acesso em: 16 abr. 2020.