

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

CURSO DE DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL NA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE
EQUIPARAÇÃO DO CRIME DE HOMOFOBIA E TRANSFOBIA AO CRIME DE
RACISMO**

Alisson Batista Brambilla

Presidente Prudente/SP

2023

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

CURSO DE DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL NA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE
EQUIPARAÇÃO DO CRIME DE HOMOFOBIA E TRANSFOBIA AO CRIME DE
RACISMO**

Alisson Batista Brambilla

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do curso e obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Glauco Roberto Marques Moreira.

Presidente Prudente/SP

2023

**ATIVISMO JUDICIAL NA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE
EQUIPARAÇÃO DO CRIME DE HOMOFOBIA E TRANSFOBIA AO CRIME DE
RACISMO**

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Prof. Glauco Roberto Marques Moreira

Prof. Mário Coimbra

Prof. Matheus da Silva Sanches

Presidente Prudente, 19 de junho de 2023

DEDICATÓRIA E/OU EPÍGRAFE

*Dedico primeiramente a Deus, por este momento especial.
Aos meus pais, pela paciência, amor e incentivo que me deram durante toda a
minha trajetória acadêmica.
Aos meus colegas que tanto me auxiliaram.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, por toda força e oportunidade de realizar essa monografia, ao qual é de extrema importância para minha formação acadêmica e realização pessoal.

Aos meus pais, Adenildo Messias Brambilla e Adriana Fernandes Batista Brambilla, que me deram a oportunidade e a possibilidade de estudar em uma instituição renomada, no qual sempre demonstraram amor, incentivo e um apoio incondicional, a cada instante torcendo para meu sucesso. E também a minha queridíssima irmã Ayla Batista Brambilla.

Aos meus amigos e colegas de jornada da vida e da faculdade, que foram essenciais na minha jornada e crescimento como pessoa, no qual sempre aprendi.

Aos meus professores, desde o ensino infantil até o ensino superior, que sempre me ajudaram e incentivaram a buscar a sabedoria e conhecimento. Inclusive ao meu orientador, pela orientação, apoio e conhecimento compartilhado ao longo desta trajetória. Agradeço também à instituição de ensino, por me proporcionar a oportunidade de realizar este projeto.

E a cada um que sempre esteve presente em cada passo do meu caminho. Sendo estes, pessoas que bastante admiro e me orgulho.

O meu muitíssimo obrigado, e agradeço de coração!

RESUMO

A presente monografia visa verificar a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4733, no qual equiparou as condutas de Homofobia e Transfobia na lei nº 7.716/89, conhecida como a lei do crime de Racismo. O objetivo principal é demonstrar que o resultado dessa equiparação resultou em uma prática de Ativismo Judicial pelo Supremo Tribunal Superior. Observar a violação do princípio da Separação dos Poderes, decorrente da postura dos ministros, por agirem como Legisladores, no qual é função do Poder Legislativo e não do Poder Judiciário. Além disso aborda a violação em matéria penal, do princípio da Legalidade, sendo que uma conduta só poderá ser considerada um tipo penal, caso esteja estabelecida em uma lei que defina a conduta, procedendo a uma analogia in malam partem. A presente pesquisa utiliza método dedutivo, advindo de pesquisa bibliográfica, jurisprudência, doutrinas, artigos e leis, visto que, a formulação geral da presente pesquisa, foi constituída conectando elementos ligados ao assunto abordado. Por fim, com base na informações traçadas, é que se entende que o Congresso Nacional induziu o Supremo Tribunal Federal a prática de Ativismo judicial, em virtude de agir como um Poder Legislativo omissivo ao longo dos anos, não tendo interesse em criminalizar condutas que ferem direitos e liberdades fundamentais do cidadão.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Separação dos Poderes; Supremo Tribunal Federal; Princípio da Legalidade; Poder Legislativo; Omissão; Criminalização Homofobia e Transfobia.

ABSTRACT

The present monograph aims to verify the decision of the Federal Supreme Court, in the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission n. Racism crime law. The main objective is to demonstrate that the result of this equation resulted in a practice of Judicial Activism by the Supreme Court. Observe the violation of the principle of Separation of Powers, resulting from the attitude of the ministers, for acting as Legislators, in which it is the function of the Legislative Power and not of the Judiciary Power. In addition, it addresses the violation, in criminal matters, of the principle of Legality, and a conduct can only be considered a criminal type if it is established in a law that defines the conduct, proceeding with an analogy in *malam partem*. This research uses a deductive method, arising from bibliographical research, jurisprudence, doctrines, articles and laws, since the general formulation of this research was constituted by connecting elements linked to the subject addressed. Finally, based on the information outlined, it is understood that the National Congress induced the Federal Supreme Court to practice judicial activism, by virtue of acting as a silent Legislative Power over the years, having no interest in criminalizing conduct that hurts fundamental rights and freedoms of citizens.

Keywords: Judicial Activism; Principle of Separation of Powers; Federal Court of Justice; Principle of Legality; Legislative power; Omission; Homophobia and Transphobia Criminalization.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

| | |
|------|--------------------------------------------------|
| ADO | Ação Direta de Inconstitucionalidade pro Omissão |
| AGU | Advocacia-Geral da União |
| ART | Artigo |
| CF | Constituição Federal |
| LGBT | Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais |
| MI | Mandado de Injunção |
| MIN | Ministro |
| PGR | Procuradoria-Geral da República |
| PL | Projeto de Lei |
| STF | Supremo Tribunal Federal |

SUMÁRIO

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: CONTEXTUALIZAÇÃO DA TEORIA E A DIVISÃO DE FUNÇÕES ENTRE JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO..... | 11 |
| 2.1 Funções Típicas e Atípicas do Judiciário e Legislativo e a Criação do Tipo Penal de Homofobia Pelo Supremo Tribunal Federal | 14 |
| 2.1.1. Projeto de Lei nº 122/2006 e a criminalização da homofobia | 16 |
| 3 ATIVISMO JUDICIAL: POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA..... | 20 |
| 3.1 Judicialização da Política | 23 |
| 3.2 Politização do Judiciário..... | 26 |
| 3.3 Em Busca da Legitimação da Atuação do STF à Luz da Politização de Suas Funções | 29 |
| 4 JULGAMENTO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA..... | 31 |
| 4.1 Mandado de Injunção 4733..... | 31 |
| 4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26: Criminalização da Homofobia e Transfobia..... | 35 |
| 4.2.1 Caso Gilberto Barros: primeira condenação criminal resultante da ado nº 26..... | 38 |
| 4.3 Omissão do Poder Legislativo..... | 39 |
| 4.4 Relação com o Princípio da Legalidade no Julgamento | 41 |
| 4.5 Ativismo Judicial na Decisão do STF na Seara Criminal | 44 |
| 5 CONCLUSÃO | 49 |
| REFERÊNCIAS..... | 51 |

1 INTRODUÇÃO

O presente pesquisa irá demonstrar e apresentar como uma decisão do Supremo Tribunal Federal levou a prática de Ativismo Judicial, no qual as condutas de homofobia e transfobia foram equiparadas ao crime de racismo, previsto na lei nº 7.716/89 (BRASIL, 1989), decorrentes da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e Mandado de Injunção nº 4733.

Para compreender o Ativismo Judicial, foi analisado o marco inicial do Princípio da Separação dos Poderes, ao qual foi consagrado e incorporado a Constituição Brasileira atual no seu artigo 2º e sendo declarado como um princípio incapaz dê-se deliberar sobre sua abolição, de acordo com artigo 60, §4º, III da Constituição Federal (BRASIL, 1988), tal princípio separa as funções de cada Poder no Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo, adentrando no Princípio da Separação dos Poderes, no qual foi elaborado e pensado pelo filósofo Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como Montesquieu, na sua obra “O Espírito das Leis” no qual foi publicada em 1748, que é considerada base da divisão política moderna dos três poderes, sendo referência mundial para legisladores e juristas. A ideia trazida por Montesquieu era a divisão dos poderes em três formas, sendo Executivo, Legislativo e Judiciário.

O trabalho analisa os poderes Legislativo e Judiciário, no qual são explicados, mostrando seus órgãos, a forma como atuam, suas funções, sua previsão constitucional, e quem faz atuação. Importante saber que cada Poder possui funções típicas, que é aquela que consiste na função preponderante, dominante e prevalecente do poder, também possuindo função atípica, que é aquela que consiste quando houver precisão de desempenhar outros poderes.

Após, em âmbito Legislativo, busca-se discutir sobre o Projeto de Lei nº 122 de 2006, tal projeto que pretendia criminalizar a homofobia, fazendo alterações na Lei de Racismo nº 7.716/89 (BRASIL, 1989), Código Penal e na Consolidação das Leis do Trabalho, no entanto, esse projeto foi arquivado e já se passaram 16 anos, até o presente momento, sem ter uma lei específica que criminaliza condutas Homofóbicas.

Portanto, a análise do Princípio da Separação dos Poderes é necessária para compreender posteriormente a violação deste Princípio, no qual decorreu da

intervenção do Supremo Tribunal Federal fora do seu campo de atuação, não encontrando legitimidade política-jurídica, sendo assim, havendo extrapolação dos limites constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, como no Mandado de Injunção nº 4733, por agir além dos limites constitucionais.

No terceiro capítulo, adentrando no Ativismo Judicial, passa-se analisar dois importantes pontos. O primeiro é a Judicialização da Política, fenômeno no qual existe uma preferência pelo Poder Judiciário, sobre questões de cunho político, social ou moral, no qual deveriam envolver o Congresso Nacional antes. E a Politização do Judiciário, fenômeno no qual o Poder Judiciário exerce uma função política, onde os magistrados estão se sustentando os meios políticos, sem nenhuma sustentação do ordenamento jurídico, apenas seguindo a opinião pública, como no caso ocorreu com o Supremo Tribunal Federal.

No quarto capítulo, vai ser analisado a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e Mandado de Injunção nº 4733, no qual buscavam a criminalização da homofobia e transfobia, e como essa decisão interferiu o Princípio da Separação dos Poderes, e refletiu também na seara penal, onde houve uma violação ao Princípio da Legalidade no julgamento, sendo um dos princípios mais importante do Código Penal, previsto no artigo 1º, e no artigo 5º da Constituição Federal, sendo que esse princípio, menciona que não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal, vedando a analogia in malam partem, mas o resultado da equiparação pelo Supremo Tribunal Federal, já constitui uma equiparação em desfavor do réu, por falta anteriormente de norma reguladora.

Por fim, é compreendido sobre a omissão do Legislativo, no qual refletiu em grande parte para que a decisão de equiparação de condutas acontecesse, visto que os Legisladores não atenderam os princípios básicos da Constituição, permanecendo inerte a sua função, deixando o Poder Judiciário, no caso o Supremo Tribunal Federal supervalorizado em relação aos demais.

Vale destacar que o método de pesquisa usado para na elaboração desse trabalho, é o método dedutivo, com jurisprudência e bibliografias, adequadas para o desenvolvimento do presente trabalho.

2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: CONTEXTUALIZAÇÃO DA TEORIA E A DIVISÃO DE FUNÇÕES ENTRE JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO

A partir da Teoria da Separação dos Poderes trazida por Montesquieu, na sua obra “*O Espírito das Leis*” ao qual foi publicada no ano de 1748, que o princípio da separação dos poderes foi incorporada à Constituição Brasileira atual e em outras Constituições. Anteriormente a esta obra trazida por Montesquieu, diversos filósofos já tinham concepções e opiniões sobre a organização dos poderes, como no caso de Aristóteles, em sua obra “*A Política*” que tratava a separação do Estado em deliberante, executiva e judiciária. Nessa linha filosófica, o filósofo John Locke também contribuiu para o desenvolvimento da organização dos poderes, na sua obra “*Segundo Tratado sobre o Governo Civil*” que trazia a existência de três poderes, que seria o Legislativo, Executivo e Federativo, ao qual esta obra serviu como um ponto de partida para o desenvolvimento da obra de Montesquieu.

A teoria da separação dos poderes tem como finalidade, evitar governos que agem pela tirania e absolutismo, ou seja, exercendo um poder ilimitado sobre tudo, naquele em que todos os atos são praticados por desejo e disposição do soberano, daí que surge o que Aristóteles chamava de poder “incontrastável de mando”, pois o soberano era quem editava, aplicava e resolvia conflitos, visto que não havia poderes independentes entre si. A egrégia frase dita por Luís XIV: “L'Etat c'est moi”, isto significa, “o Estado sou eu”, exemplifica a descrição da tirania e o absolutismo, com a concentração do poder em apenas um monarca. A tripartição é voltada a dar autonomia aos poderes, deixando o Estado equilibrado, harmônico e descentralizado, assim, o objetivo de Montesquieu é a desconcentração do poder, de apenas uma pessoa ou apenas um poder, pois havendo a centralização em único lugar, não haveria a possibilidade de opor-se caso haja violação de um direito, assim, a fim que se evite o abuso. Montesquieu (1996, p. 176) dá ênfase a não ter uma hierarquia entre os poderes, assim nenhum se prevalecendo sobre o outro, assim, os poderes teriam que caminhar em concreto, caso contrário ocorreria uma inação.

Com tudo, Montesquieu, declara o que ocorreria quando os poderes estão concentrando em apenas uma pessoa ou apenas um poder:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis,

o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

Dessa forma, Montesquieu ao fazer a separação dos poderes, faz referência a Constituição Inglesa e mostra a separação em três formas:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 1996, p. 167 e 168).

Mesmo Montesquieu não tratando especificamente do Poder Judiciário, a separação é de fundamental importância, porque foi a partir dela que aplicou a existência de três poderes distintos (Executivo, Legislativo e Judiciário) e harmônicos entre si, cada um exercendo sua própria função, proporcionando assim, a liberdade política.

Até mesmo em 1789, através da *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, que é um marco da Revolução Francesa e que serviu como uma inspiração para Constituição Francesa de 1848, que previa no seu artigo 16º, que: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, assim, demonstrando que a Teoria de Montesquieu foi acolhida.

Foi a teoria da separação dos poderes em que se consagrou a existência desse princípio e foi incorporada ao texto constitucional, que atualmente está inserida no artigo 2º da Constituição República Federativa do Brasil de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988)”.

Este princípio foi extremamente valorizado pelos os indivíduos na época, que foi declarado mais adiante, no artigo 60º, §4º, III da Constituição Federal, como cláusula pétrea, ou seja, nem mesmo por meio de emenda constitucional poderá ser extinta a separação dos poderes:

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

[...]

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

[...]
III - a separação dos Poderes; (BRASIL, 1988).

A divisões de funções de cada poder é essencial para o desenvolvimento do Estado de Direito, mas ocorre que algumas vezes se tem uma violação ao princípio da separação dos poderes, então é importante ressaltar a função de cada um deles, dando ênfase aos poderes Legislativo e Judiciário que sempre se confrontam.

O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional que é composto por duas câmaras, sendo elas a Câmara dos Deputados, onde se encontra os Deputados Federais, e composto também pelo Senado Federal, onde se encontra os Senadores, conforme previsto no artigo 44º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e vai ser dividido por três esferas (Legislativo Federal, Estadual e Municipal). Basicamente umas das funções mais tradicional e principal do Legislativo das diversas que possui, é a elaboração de leis que regem a vida em sociedade e apresentação pública de assuntos em prol da sociedade, ou seja, questões de interesse dos cidadãos, para que haja harmonia e que visam um melhor convívio.

A Assembleia de Minas discorre sobre o assunto:

As leis que o Parlamento aprova servem de referência para toda a sociedade e os demais Poderes do Estado (Executivo e Judiciário), que aplicam essas leis ao caso concreto. Isso realça a relevância da função legislativa no Estado Democrático de Direito, que dá ênfase ao princípio da legalidade. As leis aprovadas pelo Poder Legislativo devem refletir a realidade social e corresponder aos anseios da população. (ASSEMBLEIA DE MINAS, 2014, p. 10)

Pode-se perceber então, que o Legislador deve avançar na elaboração das leis, na medida em que a sociedade avança, então às leis devem avançar. Caso haja uma omissão pelo Poder Legislativo na elaboração de leis que visam e objetivam corresponder a necessidade da sociedade, acabará surgindo lacunas no ordenamento jurídico, e os efeitos se entenderá nos demais Poderes, principalmente no Judiciário.

O Poder Judiciário é exercido em vários órgãos de justiça que atuam em áreas distintas umas das outras, mas exercendo a função jurisdicional, que estão todos dispostos no artigo 92º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e tem como objetivo principal resolver a lide entre os cidadãos, entidades (privadas ou públicas) e o Estado, assim, também resguarda o direito de qualquer indivíduo, garantindo direitos individuais, coletivos e sociais. A função principal é de administrar a lei e a justiça

perante toda sociedade, devendo sempre agir dentro dos limites do ordenamento jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, é o órgão de chefia do Poder Judiciário, ou seja, é a mais alta instância, sendo atribuído a competência de “guardião” da Constituição Federal e devendo cuidar por seu cumprimento, conforme previsto no artigo 102º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Mas cabe somente ao Supremo Tribunal Federal o cumprimento da lei, não tendo a competência de mudar ou revisar qualquer lei, ou seja, não tem esse poder que só é cabível ao Legislativo.

Já foi declarado pelo Supremo Tribunal Federal na Sumula Vinculante de nº 37: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa [...] (BRASIL, 2014)”. Com essa súmula vinculante fica mais evidente a divisão e as funções de cada poder, o Legislativo na criação de leis, e o Judiciário fazendo que as leis se cumpram perante a sociedade, também fica evidente que o princípio da separação dos poderes em cada órgão jurisdicional exerce sua função.

2.1 Funções Típicas e Atípicas do Judiciário e Legislativo e a Criação do Tipo Penal de Homofobia Pelo Supremo Tribunal Federal

Os Poderes, em específico, Judiciário e Legislativo, é-lhe atribuído funções que consistem em típicas e atípicas, ao qual a função típica consiste naquela que é preponderante, dominante e prevalecente do poder, e a função atípica é aquela que surge quando houver precisão de desempenhar outros poderes, com isso para cada função típica, é exercido duas funções que são atípicas em cada Poder.

Diante disso, o Poder Legislativo que tem por função típica de legislar, não somente essa, mas como também de fazer fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial, e fiscalizar os atos do Executivo, conforme artigo 49º, inciso X da Constituição Federal (BRASIL, 1988), mas como função principal de elaboração e criação de leis, emendas, decretos e medidas provisórias, assim disposto no artigo 59º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Por outro lado, a suas funções atípicas, se subdividem em natureza executiva e natureza jurisdicional. Primeiro em relação a função atípica de natureza executiva, é em relação a sua organização, no sentido de poder prover cargos, conceder férias, licenças a servidores, assim são atos que não dependem de concessão de outro Poder, e sim atos independentes. A função atípica de natureza

jurisdicional, é em relação ao Senado Federal que julga e processa o Presidente da República, Ministros e Comandantes, quando se tem crimes de responsabilidade, mesmo sendo o julgamento presidido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, assim conforme artigo 52º, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O Poder Judiciário tem por função típica de julgar as lides, promovendo a aplicação da lei, ou seja, exercer a atividade jurisdicional, aplicando o direito nos casos concretos em que são apresentados, dirimindo e solucionando os conflitos de interesses entre os indivíduos. Assim dispõe o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, porém, desde que sejam provocados, regendo o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Por outro lado, a suas funções atípicas, se subdividem em natureza legislativa e natureza executiva, primeiro em relação a função atípica de natureza legislativa é elaboração do seus regimentos internos pelo próprios Tribunais, ou seja, cada Tribunal previsto no artigo 92º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), pode estabelecer seus regimentos, não precisando ser um único regimento para todos os Tribunal. A função atípica de natureza executiva, é aquela que o Poder Judiciário por meio do seus Tribunais, tem a função de administrar os servidores e magistrados, bem como seus serviços, podendo também deliberar sobre férias, licenças, conforme artigo 96, inciso I, alínea f da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Em relação ao Poderes (Legislativo e Judiciário), cada um exerce suas funções, sendo independentes, mas também cada um deles, exercem funções típicas e atípicas, mas com observância ao princípio da separação dos poderes, ou seja, cada poder, pode exercer funções dos outros poderes, porém, relacionadas com funções de seu determinado órgão, não havendo uma interferência direta em cada um deles, e sim para manter a harmonia entre si.

Recentemente, em 2019, o Supremo Tribunal Federal, fez a equiparação das condutas de Homofobia e Transfobia a lei nº 7.716/89 (BRASIL, 1989) que trata de condutas de Racismo, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, ao qual vai ser discutida mais à frente. Mas é importante ressaltar que com essa equiparação feita pelo Supremo Tribunal Federal, ensejou na criação de uma conduta penal, ou seja, toda e qualquer conduta praticada por algum indivíduo que seja Homofóbica, será enquadrada e penalizada na lei de Racismo.

O grande ponto principal que decorre em torno dessa equiparação e essa criação desse novo tipo penal é, a ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, pois como foi discutido anteriormente, o Supremo Tribunal Federal é um órgão do Poder Judiciário, conforme artigo 92º, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que tem por função, a aplicação jurisdicional, mas, mesmo a sua função atípica, seja legislativa ou executiva, não tem por objetivo e nem a função de fazer a criação de leis ao qual compete o Poder Legislativo.

A Advocacia Geral da União informou que o Supremo Tribunal Federal não tinha competência para fazer essa equiparação, uma vez que estaria criando um novo tipo penal, e deixou claro que estaria ofendendo o princípio da separação dos poderes. Insta observar que essa decisão do Supremo Tribunal Federal, violou o Princípio da Separação dos Poderes, dado que o próprio enquadrando a conduta de Homofobia e Transfobia a Lei de Racismo, portanto, violou a função estabelecida na Constituição, já que quem tinha competência de fazer a criação desse tipo penal é o Legislativo, ao qual o Judiciário deveria judiciar as leis ratificadas pelo Legislativo, não deixando os Poderes independentes e harmônicos entre si.

2.1.1. Projeto de Lei nº 122/2006 e a criminalização da homofobia

Antes de adentrar na Projeto de Lei nº 122/2006, é importante saber do projeto que deu a origem a este, que é o Projeto de Lei nº 5.003/2001 que era denominado de “PL da Homofobia”, que tinha por autora a ex-deputada Lara Bernardi (Partido dos Trabalhadores), ao qual o objetivo era estipular sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas, mas esse projeto não tinha como foco principal fazer alterações e modificações na Lei de Racismo nº 7.716/89 (BRASIL, 1989), portanto esse projeto não houve manifestações suficientes ao qual foi arquivado posteriormente.

Ao decorrer dos anos, houve inúmeras tentativas para tentar criminalizar a homofobia no Brasil, mas, em 2006 nasceu um projeto que ficou marcado na história brasileira, que é o Projeto de Lei nº 122/2006, que era intitulado de “lei anti-homofobia”, que se originou do Projeto de Lei nº 5.003/2001. Esse novo projeto de lei tinha objetivo também a criminalização da homofobia e transfobia, ao qual também foi apresentado pela ex-deputada Lara Bernardi (Partido dos Trabalhadores), que diante da necessidade, e para dar a máxima efetivação, foram reunidos e

apresentados os Projetos de Leis nº 4.242/03, 3.770/00 e 05/2003, aos quais esse foram reunidos dentro da Projeto de Lei nº 122/2006.

Este projeto pretendia fazer uma alteração na Lei nº 7.716/89 (BRASIL, 1989), conhecida como a Lei de Racismo, acrescentando, modificando e criando, condutas e crimes que sejam resultantes da discriminação de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, buscava trazer uma nova redação ao artigo 140º, §3º do Código Penal e no artigo 5º da Consolidação das Leis do Trabalho.

O Projeto de Lei nº 122/2006, tinha por objetivo maior, fazer mudanças e alterações na Lei de Racismo, mas os artigos 1º, 4º-A e 20º foram os mais questionados por este projeto, ao qual passariam a ficar com a seguinte redação:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero;

Art. 4º-A. Praticar o empregador ou seu preposto atos de dispensa direta ou indireta. Pena: reclusão de dois a cinco anos; e,

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

§ 5º O disposto neste artigo envolve a prática de qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica (BRASIL, 2006).

Esses artigos foram duramente criticados, primeiro que se pretendia equiparar as condutas homofóbicas a lei de Racismo, segundo que em específico o artigo 4º-A, estaria criando uma forma de estabilidade permanente em relação ao emprego, a aqueles que se declararem sua orientação sexual para a homossexualidade, assim os legisladores estaria violando, os princípios trabalhista, liberdade contratual e deixando o ambiente de trabalho de forma desigual.

Além da modificação na Lei de Racismo, este projeto buscava modificar o Código Penal, em específico o crime de Injúria, que consiste em atribuir ofensas que ofendam a honra, decoro ou a dignidade da pessoa, que está tipificado no artigo 140º do código penal, e esse projeto buscava modificação do §3º, que passaria a ficar com a seguinte redação:

Art. 140, §3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa (BRASIL, 2006).

Por fim, trazia modificação também na Consolidação das Leis do Trabalho, ao qual acrescentava no artigo 5º, o parágrafo único, sendo assim, passaria a ficar com a seguinte redação:

Art. 5º. Parágrafo único. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, orientação sexual e identidade de gênero, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição Federal. (BRASIL, 2006).

Durante todo o tempo, este projeto passou por discussões, debates e audiências públicas, mas somente em 2011 esse projeto acabou que ficando sem tramitações e por fim, foi arquivado, com base no artigo 332º do Regimento Interno do Senado Federal (BRASIL, 1970), porém logo após o arquivamento, foi solicitado o desarquivado pela ex-Senadora Marta Suplicy, ao qual passou ser relatora, no entanto, apresentou um parecer que tinha por objetivo fazer uma modificação no projeto, apresentando uma nova redação e alterações.

Com essa nova proposta do projeto apresentado pela ex-Senadora Marta Suplicy, tinha por objetivo reprimir condutas de maior desvalor, sendo aqueles que a sociedade mais repudiava, independentemente do indivíduo, sendo assim, buscava trazer alterações na Consolidação das Leis Trabalhistas, Código de Defesa do Consumidor, nas Prestações de Serviços Públicos e no Código Penal.

No Código Penal que se tinha a maior concentração de alterações, neste caso, punia a indução de violência, bem como as agravantes genéricas e específica quando resulta de preconceito por sexo, identidade de gênero ou orientação sexual. Dentre eles, se o projeto tivesse sido aprovado, as alterações ocorreriam nos artigos: artigo 61º, que tipifica sobre as circunstâncias que agravam a pena; artigo 121º, que tipifica o crime de homicídio; artigo 129º, que tipifica o crime de lesão corporal; artigo 136º, que tipifica o crime de maus-tratos; artigo 140º, que tipifica o crime de injúria, e por fim, artigo 286º, que tipifica a conduta de incitação ao crime.

O Projeto de Lei nº 122/2006, foi intensamente criticada todo esse período, seja pela própria população, seja também pelos próprios representantes da população, por meio da tensão que a bancada evangélica impôs, manifestações virtuais em páginas da Internet e redes sociais, manifestações em locais públicos,

revistas, blogs e entre outros. Atualmente este projeto se encontra arquivado, ao qual o Projeto de Lei nº 236/2012 foi anexada ao projeto do Novo Código Penal, assim tinha o objetivo de acrescentar ao novo código repressões a condutas homofóbicas.

Com a evolução dos tempos, projetos de lei igual o Projeto de Lei nº 122/2006, se tornaram cada vez mais frequentes de forma global, pois o objetivo global é a criminalização da homofobia ou discursos de ódio contra um grupo ou um indivíduo. Muitos países fazem a criminalização da homofobia com base no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em que o Brasil adotou pelo Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992, com base no artigo 20º, que disponha sobre:

ARTIGO 20 - 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência. (BRASIL, 1992)

Apesar do Projeto de Lei nº 122/2006 não ter sido aprovada, e sim arquivada por falta de interesse do Senado Federal, percebe-se que houve uma tentativa para tentar criminalizar a homofobia no País, no entanto, já se passaram mais de 16 anos que este projeto se iniciou, afinal de conta, outras tentativas antes de 2006 foram feitas para tentar criminalizar a homofobia, porém não houve sucesso. Pode-se concluir que houve sim uma tentativa de incriminar condutas de homofobia, porém os próprios legisladores não estão interessados em banir essas condutas, logo, o grupo Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgênero, vem lutando todos os dias para que haja uma efetiva norma que buscar punir esses atos.

O que se busca atingir é o mesmo tratamento com o Racismo, pois temos uma lei específica, que é a lei 7.716/89 (BRASIL, 1989) que criminaliza condutas racista, então o Projeto de Lei nº 122/06, tinha o mesmo objetivo, a criminalizar de condutas e atos homofóbico e o discurso de ódio homofóbico.

3 ATIVISMO JUDICIAL: POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O termo “ativismo judicial” que conhecemos hoje, surgiu nos Estados Unidos, pela primeira vez em 1947, como “*judicial activism*”, sendo uma concepção apresentada pelo historiador americano Arthur Schlesinger Jr. (1947, p. 74), em seu artigo jurídico “*The Supreme Court*”, publicado na revista *Fortune*. No referido artigo, Schlesinger tracejou e classificou os nove juízes da Suprema Corte norte-americana como ativistas judiciais, em razão dos objetivos sociais não serem apenas alcançados pelo Poder Judiciário, mas por outros Poderes.

Desde o aparecimento do termo ativismo judicial, tornou-se cada vez mais popular entre os juristas ao redor do mundo, provocando estudos, controvérsias e até mesmo discussões sobre o tema, tanto é que não se tem até os dias de hoje um entendimento preciso sobre seu significado, o que leva vários estudiosos a buscar um conceito, restando diversas variações de significados sobre o seu verdadeiro significado.

Pode-se dizer que o termo ativismo judicial é considerado um fenômeno jurídico, na qual o Poder Judiciário, em específico os próprios magistrados, tem uma elevação superior em relação a suas ações, se baseando em uma interpretação principiológica da Constituição, ou seja, é quando os magistrados por representarem o Poder Judiciário, exercem sua função jurisdicional além do limites do ordenamento, entrando em conflitos com os demais Poderes.

Para Barroso (2009, p. 5), o ativismo judicial é quando o Judiciário tem uma participação mais ampla e intensa na materialização dos valores e fins constitucionais, tendo uma maior interferência na atuação dos outros Poderes, desse modo, se trata de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, que vai expandir o seu sentido. Portanto, Barroso, classifica essa postura ativista em três diferentes maneiras:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 5).

Com essa classificação, fica mais evidente entender que para o fenômeno do ativismo acontecer, o Poder Judiciário precisa se impor e essa imposição está relacionada a sua forma de agir, visto que os magistrados estariam agindo em disfunção ao próprio Poder Judiciário, já que estariam exercendo uma função jurisdicional constitucionalmente outorgada de outro Poder, atuando além da sua própria competência jurisdicional.

Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em sua obra “Dimensões do Ativismo Judicial do STF”, que trata especialmente sobre o ativismo judicial praticado pelo órgão de chefia do Poder Judiciário, ou seja, a mais alta instância, diz que:

Para a maioria dos que se debruçam sobre o tema, os juízes ativistas são sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes, de modo que o termo acaba servindo como “substituto para excesso judicial” (CAMPOS, 2014, p. 92)

Percebe-se então, que quando o ativismo judicial é praticado, passa a ferir o Princípio da Separação dos Poderes, por vezes o magistrado por achar que está fazendo o que deve ser feito, aplicando a “justiça” de forma correta, este está interferindo em outro Poder, uma vez que o próprio passa a fundamentar com base na sua própria convicção e não no ordenamento, ou seja, os magistrados deixaram de interpretar lei e passaram a reescrevê-las.

Sendo assim, Vanice Regina Lírio do Valle expõe na sua obra “Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal” cinco conceitos sobre o ativismo judicial, as quais são:

a) prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros poderes; b) estratégia de não-aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar “da sala de sessões”; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultado pré-determinado. (VALLE, 2009, p. 21)

De acordo com esses conceitos acima apresentados por Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 21), em específico o primeiro, terceiro e último conceito, se liga ao caso de ativismo judicial praticado pelo STF na ADO nº 26, ao qual equiparou condutas de Homofobia e Transfobia ao crime de Racismo, ao qual vai ser discutido mais à frente. Veja que, de acordo com o primeiro conceito, o Poder Judiciário

invalidaria a função de outro Poder, já que o ativismo está ligado a uma violação ao princípio da separação dos poderes. O terceiro conceito, está ligado aos magistrados que exercem uma função legislativa, tal função típica do legislador, assim estaria os magistrados além do próprio limite da função principal. Por fim, o último conceito, está ligado quando o magistrado busca atingir um resultado já previamente determinado, ao qual o próprio faz contornos interpretativos para chegar a sua determinada vontade, mas também é possível, situações em que o magistrado faz esses contornos interpretativos por esta relacionado com os fenômenos da judicialização da política e politização do judiciário, no qual o magistrados agiriam com ativismo para benefício próprio.

O filósofo Ronald Dworkin trata o ativismo como uma forma de preservar a democracia e a Constituição, diz que:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. (DWORKIN, 1999, p. 451)

É importante mencionar que o ativismo está ligado ao elemento volitivo do magistrado, ou seja, a vontade, o querer, porque acaba ultrapassando os limites da própria Constituição, decidido fora do ordenamento jurídico, tornando-se uma decisão antidemocrática. O Poder Judiciário (tribunais e magistrados) que busca assegurar o cumprimento do ordenamento jurídico, e agindo de forma que extrapole os próprios limites do ordenamento, acabam que ficando manchado perante a sociedade, passando a ser conhecido como próprios “vilão”.

Assim, o ativismo pode-se dar pela vontade do magistrado que estão interpretando o ordenamento, tendo uma falha de interpretação do ordenamento, expandindo ou contradizendo o ordenamento, mas o problema maior, é quando a decisão do magistrado se tem uma falsa juridicidade, ou seja, o próprio magistrado cria a lei, aplicando lei inexistente, usam de fundamento sem qualquer conexão com ordenamento, assim, estaria destruindo o Estado de Direito, visto que se tem uma recusa dos tribunais em se manter dentro do limite jurisdicional, ao qual foi atribuído pela CF.

Para compreender melhor, podemos observar muito notavelmente e claramente a prática de ativismo judicial, ao qual foi praticada pela última instância do judiciário brasileiro, o próprio STF, conforme equiparou as condutas de Homofobia e Transfobia a lei nº 7.716/89 (BRASIL, 1989) que trata de condutas de Racismo.

No entanto, os ministros que votaram a favor da equiparação, agiram além dos limites da sua função jurisdicional e do ordenamento, o que acaba resultando em um conflito com o Poder Legislativo, por estarem agindo como ministros legisladores, ou seja, essa equiparação de condutas resultou em novo tipo penal, em que o STF não tinha competência legislativa para criação, mas em agiram assim para sanar a lacuna deixada, em razão da omissão deixada pelo Legisladores.

Podemos concluir que o STF, ao tentar repelir essas condutas de homofobia e transfobia, fazendo a equiparação de condutas a crime, não é a forma correta de se fazer, por este motivo, o STF acaba violando o princípio da separação dos Poderes, o que é um atentado contra a Constituição em geral.

3.1 Judicialização da Política

Primeiramente há uma grande diferença em relação aos fenômenos do ativismo judicial e judicialização da política, de modo que o fenômeno judicialização da política, trata-se de uma judicialização, que envolvem questões significativas em relação ao cunho político, social ou moral, sendo assim, essas questões precisaria ser resolvidas anteriormente, antes de envolver o Poder Judiciário, como no caso o próprio Congresso Nacional e o Poder Executivo, se necessário. De tal modo, ocorre uma aproximação entre o Direito e Política.

Diante disso, Barroso conceitua a judicialização dizendo que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSSO, 2009, p. 2)

Essa preferência pelo Poder Judiciário, e com esse aumento de demanda que por consequência acaba tendo, faz com o que próprio judiciário ter uma

super valorização em relação aos demais, podendo até em se falar no ferimento do princípio da separação dos poderes. No entanto, o Judiciário apenas cumpre seu papel conforme a Constituição, que quando é provocado, deve-se manifestar perante as ações postuladas.

Para Barroso (2009, p. 2) o fenômeno judicialização da política, apresenta múltiplas causas, sendo a nível mundial, mas outras estão ligadas ao modelo institucional brasileiro. Em relação a isso, Barroso, faz uma divisão em três principais fatores que teve como causa a judicialização da positivo, ao quais são: I) A redemocratização do país; II) A constitucionalização abrangente; e, III) Sistema de controle de constitucionalidade. Ao qual vão ser explicados a seguir

Primeiro, a redemocratização do país, teve como marco a promulgação da Constituição Federal de 1988 (atual), diante disso, após o país ter passado pelo período pós-ditadura militar, o Poder Judiciário se expandiu, no sentido de haver uma maior procura e demanda pela sociedade. O Judiciário passou a ser um poder político, passando a ser um dos três poderes brasileiros que são distintos e independentes entre si, valendo-se da própria Constituição Federal e leis, ao qual antes era considerado um mero departamento técnico-especializado.

Com a redemocratização, foi possível com o ambiente democrático ressurgindo, um o maior acesso a informações e direitos pessoais, também direitos que protegesse a coletividade, o que houve uma demanda em todo País a procura pela Defensoria Pública, sendo assim, reviveu a cidadania em todos os sentidos, inclusive, se teve um aumento da relevância e atuação do Ministério Público, ao qual saiu somente do campo estritamente penal.

Diante do exposto, fica evidente que após o período militar, a sociedade passou a procurar o Poder Judiciário, para resolução lides, por isto as questões de cunho político, social ou moral, são envolvidas primeiramente no Poder Judiciário, pois se tem uma percepção que qualquer destas questões, compete a resolução do Poder Judiciário.

A segunda causa foi, “a constitucionalização abrangente”, que o fato da nossa Constituição de 1988 ser abrangente, foi possível trazer assunto que era deixado no campo do processo político majoritário e legislação ordinária, com o objetivo de constitucionalizar. Nesse sentido, Lenio Streck, complementa dizendo que:

A judicialização se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário, marcado Estado Social de Direito; questões que outrora estavam circunscritas apenas ao âmbito da arena política, com a constitucionalização de inúmeras questões sociais, passa(ram) a ser judicializáveis e, portanto, passíveis de controle judicial por meio de contendas jurídicas. (apud RAUPP, 2016, p. 100)

Diante disso, com a chegada da Constituição de 1988 abrangendo os assuntos que antes não era constitucionalizados, diversos assuntos se tornaram jurídico, sendo possível a sua judicialização, por isto, a sociedade também tem a percepção que esses assuntos compete ao Judiciário, o que errado não está, mas deve primeiramente tentar resolver em sua seara própria, como no caso o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

Por último, a terceira e última causa, o *sistema de controle de constitucionalidade*, que é considerado o mais abrangente do mundo, por ser considerado um sistema híbrido ou eclético, ou seja, esse sistema é combinado com dois sistemas distintos, nesse caso, o sistema americano, que tem um controle incidental e difuso, que basicamente a lei pode deixar de ser aplicada em caso inconstitucionalidade, e o sistema europeu, que exerce um controle de ação direta, que permite teses sejam apreciadas pelo STF. Barroso (2009, p. 3) ainda menciona que o direito de propositura amplo, previsto no art. 103 da CF, pela qual diversos órgão podem ajuizar, como no caso de entidades públicas e privadas, sociedades de classe de âmbito nacional e confederações sindicais, todas estas estão asseguradas o direito de ação. À vista disso, percebe-se então, que qualquer questão, pode ser apreciada pelo STF.

Os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política não se confundem, ambos são diferentes, conforme explica Luiz Flávio Gomes, em dizer que:

judicialização não se confunde com ativismo judicial. A judicialização nada mais expressa que o acesso ao judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado e de Direito. Outra coisa bem distinta é o "ativismo judicial" (que retrataria uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz "cria" uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição). (GOMES, 2009)

Podemos concluir que a judicialização da política, está bastante presente na sociedade, ainda mais nos dias atuais, conforme podemos observar essa divisão apresentada anteriormente. Esse fenômeno que deveria ter início em sua

seara adequada e correspondente, como no caso o Poder Legislativo e Executivo, para decidir e debater sobre questões de grande relevância social, as de cunho político, social ou moral, mas, que acabam tendo início no próprio Poder Judiciário.

É necessário observar que o STF também praticou o fenômeno da judicialização da política, uma vez que acabou interferindo em um âmbito fora do campo normal de atuação, ou seja, além dos limites da sua função jurisdicional, sendo que era o próprio Poder Legislativo que teria competência para criação de um novo tipo penal, na equiparação de condutas a crime.

O grande questionamento que foi decidido e equiparado pelo STF que por sua vez tinha grande relevância social (cunho social e moral) e deveria ter iniciado a sua discussão na seara do Poder Legislativo, a qual é a competente, mesmo que por outras vezes si tenha iniciado no Legislativo e não houve um efetivo desfecho pra condutas de Homofobia e Transfobia, contudo acaba havendo uma super valorização do STF em relação aos demais Poderes, induzindo o STF a acreditar ser o controlador supremo da Constituição, por ter “resolvido” um problema social e moral que não tinha competência.

3.2 Politização do Judiciário

Existe ainda mais um fenômeno que é bastante atual em todo sistema do Judiciário, sendo cada vez mais notável o seu aparecimento na decisão dos magistrados. Esse fenômeno é conhecido como “politização do judiciário”, aonde o próprio Judiciário exerce um papel político, sem nenhuma sustentação do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, interfere em situações concretas do processo em curso, visto que as questões políticas se sujeitam a apreciação do magistrado.

A fim de compreender melhor, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, diz que:

Demonstração desta politização está no fato de que, hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela “opinião pública”, o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massa. Estes “profetizam” os votos dos membros de uma Corte – o Supremo Tribunal Federal, por exemplo – analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidárias. E nisto são ajudados por membros do Judiciário, que, em off, vazam informações, antecipam votos, movidos pelo desejo ou de agradar ou de justificar-se perante os “donos” da comunicação. Isto, sem dúvida, veio a abalar a confiança no juiz, daí a nítida perda em seu prestígio que hoje se

registra no País. E este interesse dos meios de comunicação pelos trabalhos do Judiciário é outro sintoma dessa politização. (FILHO, 2011, p. 231 a 232)

De fato cada vez mais, alguns magistrados estão se aproximando da opinião pública em cada decisão proferida e afastando o próprio ordenamento, ou melhor, os magistrados estão cada vez mais sustentando os meios políticos, seja pelo consenso popular (o magistrado busca a aprovação da sociedade), pela própria opinião pública (vai agir e julgar de acordo com o que a sociedade espera dele), pela imagem que terá (está ligado ao juiz progressista, pelo fato de ser favorável ao progressos e transformações) e até mesmo para ser prestigiado (este é o mais comum, uma vez que ganhará notoriedade, como repercussão nacional e até mesmo entrevistas em diversos canais de comunicação digital).

Nesse sentido, sobre a politização da justiça, ainda diz que:

Hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela 'opinião pública', o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massas. Estes 'profetizam' os votos dos membros de uma Corte – o Supremo Tribunal Federal, por exemplo analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidária. (FILHO, 1994, p. 16)

A política não está ligada somente ao Estado, mas sim, aquela que tem um interesse de grupos, político-ideológico e também agentes político-partidários. Tudo está voltado ao interesse dos próprios, aos quais tudo se negocia, a depender da tamanha relevância, desde uma melhor decisão até o melhor cargo.

Para compreender melhor o que foi dito acima, até no momento de escolha de um ministro, vai se sujeitar a aquele que mais se adequa aos interesse e projetos de cunho político, pois:

A indicação ganha maior caráter político porque os requisitos para preenchimento do cargo são vagos, diz o professor. É uma decisão política, ele [o presidente da República] vai escolher quem considere mais adequado para o cargo. Além disso, o indicado não precisa ser vinculado a um tribunal de carreira, como Alexandre de Moraes, por exemplo. É diferente de outros tribunais, em que existe tem uma lógica mais interna. (JADE, 2017)

O ápice desse fenômeno da politização da política, acontece no momento em que o magistrado vai proferir a decisão, pois essa decisão deveria ser aplicada com base nas premissas jurídica, seja técnica ou legislativa, mas o que está acontecendo é totalmente ao contrário, dado que essa base jurídica está cada vez

menos sendo empregada, e os magistrados estão se utilizando no momento para proferir, em decisões motivada pela consequência e finalidade prática que serão atingidas, ou seja, envolvem todo um malabarismo argumentativo conduzido por político-ideológico.

Podemos concluir que os magistrados estão se rendendo a opinião pública, isto escapa completamente das premissas do Estado democrático de Direitos, no qual garante principalmente a segurança jurídica, o princípio da unicidade do direito e a igualdade perante a lei. Decisões que abarcam esse fenômeno e magistrados que atuam envolvendo a política, estão em total confronto com o princípio da separação dos poderes, em confrontando também com princípios básicos do sistema, haja vista o magistrado deve atuar com imparcialidade e portanto, tem a finalidade separar o Direito da Política, para garantir a segurança jurídica.

Diante o exposto, é plausível mencionar que o próprio STF no momento de emitir a decisão de equiparação de condutas homofóbicas ao crime de Racismo, usou de um papel político para deliberar sobre o caso. Logo, há de se observar que os ministros em um momento como esse, ficam pressionados para deliberar e decidir sobre essas situações que envolvem polêmicas e gera uma grande repercussão nacional.

Portanto, se tratando de homofobia, que são condutas que frequentemente vem tendo um aumento no decorrer dos anos, o Legislador de modo nenhum elaborou normas punitivas para essas condutas, visto que o próprio art. 5º da CF (BRASIL, 1988) menciona que “todos são iguais perante a lei”.

Toda decisão da mais alta instância do Poder Judiciário Brasileiro, gera impacto na sociedade e os ministros são responsáveis por tais decisões, porém, sendo uma falha e omissão do Poder Legislativo em não ter durante todos esses anos, uma lei específica que criminalizasse as condutas de homofobia e transfobia, fazendo que o STF e seus respectivos ministro se sentissem pressionados a decidir sobre essa questão, no entanto o ministro que não votasse a favor da decisão de equiparação, seria memorável para sempre perante o Presidente da República (juntamente com o seu partido) e o Senado Federal, por isto acabam agindo por vontade própria, exercendo um argumento conduzido por político-ideológico.

3.3 Em Busca da Legitimação da Atuação do STF à Luz da Politização de Suas Funções

É cada vez mais comum, vemos os próprios tribunais e seus magistrados, inclusive mais notavelmente o STF e seus ministros, valer-se de casos para influenciar na política.

Mas não é dos dias atuais em que a política influencia o STF ou que STF quer influenciar na política, diante disso, devemos nos recordar para compreender melhor o acontecimento no governo provisório (1930-1934) de Getúlio Vargas, ao qual o mesmo tinha intenção na época de controlar o STF, buscando por ministros que se sujeitavam a sua própria vontade e que posteriormente desistiu de seis ministros que não sujeitavam a sua própria vontade e nem forma de governo (ABAL, 2017).

No decorrer dos anos, o Poder Judiciário conseguiu uma posição muitos mais notável em relação aos demais Poderes, ficando conhecido como “Supremocracia” ao qual é conhecido sobre dois sentidos. Em um primeiro sentido da supremocracia, está relacionado com STF, ao qual os seus poderes estão sobre os demais, ocupando assim o lugar de governar no Judiciário. Em segundo sentido da supremocracia, está relacionado a expansão e desenvolvimento do STF em relação aos demais Poderes (Legislativo e Executivo), representando a Corte como centro do sistema político (VIEIRA, 2008).

Fica evidente e destacado que o STF passou a exercer uma função institucional ativa em todos os Poderes, principalmente no Legislativo, pois diante de todo conflito político que tenha repercussão nacional e para os assuntos que seja relevante na via política nacional, já é suficiente para que haja intervenção judicial, em tal intensidade, sem mesmo que tenha necessidade na intervenção, com isso, podemos observar o grande conflito e embates que acontecem consecutivamente entre o STF e Congresso Nacional.

O STF cada vez mais passa a usar de mecanismos e meios diferenciados da legislação, tendo uma forma singular de aplicação e interpretação da Constituição, se sentido entusiasmo em intervir no poder político do Legislativo, de tal modo, o Judiciário passa a considerar jurídico os meios de atuação e interpretação usado pelo STF, tendo em vista que o próprio faz parte do Poder Judiciário, mas a natureza de sua função e decisões se tornou totalmente política. De fato, esse comportamento do STF chega a ser preocupante para todos, uma vez que as decisões

já proferidas acabam influenciando os destinos e as ações das instituições democráticas.

Essa legítima atuação sobre decisões políticas são tomadas em função de interesse político, que envolvem questões ideológicas, tratam também de composição de forças políticas, todos esses aspectos estranhos à atividade neutra e imparcial do magistrado. Quando o STF começa a fazer politização, sobre questões que envolvem política, acaba substituindo o legislador, dando a criação de normas inéditas no ordenamento jurídico, assim não há mais o que se falar em equilíbrio e harmonia entre os poderes, uma vez que o STF sempre teve interesse em controlar a atividade política.

A Constituição assegura que os magistrado devem agir com imparcialidade, além disso, exercem um poder representativo, devendo prestar conta à sociedade, mas não existe mecanismos para barrar ou impedir a atuação em relação ao seu poder, visto que os tribunais não têm poder para exercer qualquer função que seja política, mas passa a interferir na separação dos poderes. A tendência da politização do STF é de levar questões políticas para serem debatidas no âmbito judicial, dessa forma, esses assuntos políticos passam a ser tornar jurídicos.

4 JULGAMENTO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

A partir de agora vai ser discutido o julgamento da ADO nº 26 e MI nº 4733, as quais levaram o STF a prática de Ativismo Judicial e a violação do Princípio da Separação dos Poderes, assimilando e compreendendo a equiparação da Homofobia e Transfobia ao Crime de Racismo.

A partir dessas ações da ADO e o MI, é necessário também uma análise ao Poder Legislativo, ao qual cometeu uma omissão Constitucional, ao ponto de guiar e influenciar o STF a exercer um papel além dos limites Constitucionais, em síntese, buscar compreender a lacuna deixada pelo o próprio legislador, do que fez ou deixou de fazer para acabar com condutas de Homofobia na sociedade.

É fundamental entender o âmbito do Direito Penal Brasileiro, em correlacionar a equiparação com um dos princípios mais importantes desse ramo, o princípio da Legalidade, ressaltando que este princípio não permitir em caso de omissão legislativa que haja analogia in malam partem.

4.1 Mandado de Injunção 4733

Antes de adentrar ao tema principal, é necessário entender o que se trata um Mandado de Injunção, por sua vez é considerado um remédio Constitucional, por meio do qual é fazer valer os direitos assegurados pela Constituição, necessitando de uma norma ou lei para ser concretizados, sendo assim, está previsto no art. 5º, inciso LXXI da CF, mencionando que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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. (BRASIL, 1988)

Portanto, pode-se recordar que houve inúmeras tentativas de criminalizar as discriminações de homofobia e transfobia, como por exemplo a PL nº 122/2006, aconteceu que no dia 10 de maio 2012 foi protocolado o Mandado de Injunção de nº 4733, pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais,

Travestis e Transexuais em face do Congresso Nacional, por sua vez o objetivo designado que tinha como propósito e finalidade nesse Mandado de Injunção era:

obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade (BRASIL, 2013, p. 1).

Em princípio, a impetrante buscava a eliminação de condutas que lesionem os direitos e liberdades da população da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, classificando determinadas condutas como importantes para se assegurar sob a proteção do Estado, como: ofensas, homicídios, violências física, ameaças, discriminações, discurso de ódio e condutas de praticar, induzir e incitar ao preconceito à discriminação. Diante disso, que a homofobia e transfobia fossem enquadrada no enunciado do racismo, presente no art. 5º, inciso XLII da CF (BRASIL, 1988) e também que seja reconhecida a discriminação em direitos e liberdades fundamentais que estão previsto no art. 5º, inciso XLI da CF (BRASIL, 1988), posto isto, foi proposto além do mais, uma declaração de mora inconstitucional em relação ao Congresso Nacional, para que o mesmo puna a homofobia e transfobia (BRASIL, 2013).

No presente Mandado de Injunção a impetrante também dá dever ao Estado em combater e punir todas as formas de discriminação, requerendo a responsabilidade civil do Estado em indenizar as vítimas que sofreram a discriminação motivada pela homofobia e transfobia, diante da inércia constitucional de legislar sobre assunto (BRASIL, 2013).

O relator do Mandado de Injunção nº 4733 foi o Min. Ricardo Lewandowski, ao qual deliberou para que a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República se manifestassem sobre o caso.

Primeiramente, a AGU, se manifestou sustentando (BRASIL, 2013) que a impetrante impõe responsabilidade ao Estado, mas não se refere a uma legislação específica para homofobia e transfobia, não havendo nenhum tipo especial para a conduta, e nenhum comando constitucional para triplicação dessa conduta, deste modo, havendo impossibilidade de suprir judicialmente uma suposta omissão do

Poder Legislativo, considerando o princípio da reserva legal penal (art. 5º, inciso XXXIX da CF), mencionou também, que:

A União, em manifestação apresentada por sua Advocacia-Geral, sustenta, inicialmente, que o *mandamus*, por veicular, com base nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Magna, “pedido de tipificação, por meio de legislação específica, das condutas relacionadas à homofobia e à transfobia”, não pretende assegurar o exercício de um direito concretamente consagrado na Constituição Federal, “mas objetiva um regramento específico, uma tipicidade especial para condutas de homofobia e transfobia” (BRASIL, 2013, p. 2).

Após isso, a Procuradoria-Geral da República, se manifestou através de um parecer, no qual também mencionou o não cabimento do M.I, uma vez que não se tem mora legislativa, visto que já se tramitava no Senado Federal o PL nº 122/2006 que foi arquivado por falta de interesse, mas ainda mencionou que:

“Porém, a pendência de aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006 no Senado Federal não deixa impunes os crimes praticados em razão da orientação sexual da vítima, pois há no ordenamento jurídico normas penais que tipificam os delitos de homicídio, lesões corporais e contra a honra, não havendo prejuízo concreto que justifique o cabimento do presente *mandamus* e a necessidade do Supremo Tribunal Federal regulamentar provisoriamente o tema, enquanto a citada proposta legislativa não é aprovada.

11. Ademais, caso o Supremo Tribunal Federal admita este mandado de injunção e profira uma decisão aditiva, como pretende a impetrante, haverá grave lesão à Constituição Federal, tendo em vista que a edição de normas penais está sujeita ao princípio da reserva legal, e lei, em sentido estrito, é somente a norma produzida pelo Congresso Nacional, sendo competência privativa da União legislar sobre Direito Penal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal).

12. Além dos dispositivos presentes no Código Penal que tutelam os bens jurídicos que são usualmente ofendidos nos atos de homofobia e transfobia, há que se considerar que as agressões sofridas por homossexuais e transgêneros enquadram-se, em uma interpretação condizente com as normas norteadoras do Estado Democrático de Direito, no conceito de discriminação ou preconceito de raça (BRASIL, 2013, p. 5).

Por fim, ainda destacou a Procuradoria-Geral da República (BRASIL, 2013) que a expressão “raça” que está inserido na lei de racismo, art. 20 da lei nº 7.716/1989 (BRASIL, 1989), não deve ser interpretado em sentido literal, como no caso a impetrante está interpretando, mas sim levando em consideração os valores sociais, éticos, morais e os costumes existentes da sociedade, sendo assim, o disposto artigo aplica-se a qualquer tipo de discriminação, seja homofobia ou transfobia.

Logo então, o Min. Relator Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2013), decidiu acolher o parecer da PGR pela manifesta inviabilidade da via injuncional. No

entanto, podemos perceber que tanto a Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral da República foram em oposição a este M.I, o que deixa ainda mais claro que poderia ocorrer caso aprovado, uma violação Constitucional. Mas, o Min. Relator (BRASIL, 2014) posteriormente inconformado com a decisão, interpôs Agravo Regimental, argumentando o cabimento *writ* injuncional, conforme art. 5º, inciso LXXI da CF (BRASIL, 1988), mas aconteceu que, por força regimental a relatoria do MI passou a ser do Min. Edson Fachin.

No entanto o Presidente do Senado Federal, na época mencionou (BRASIL, 2019) que a inclusão de condutas de homofobia e transfobia na lei de racismo, não seria suficiente, visto que entende já haver proteção da classe LGBT, mesmo sendo imperfeita, mas poderia se tornar perfeita caso não tivesse ocorrido omissão legislativo na época, portanto, haveria no caso ofensa ao princípio da Separação dos Poderes perante o STF.

Portanto, em um momento posterior tanto a Advocacia-Geral da União, como a Procuradoria-Geral da República (BRASIL, 2014), tiveram entendimento diferente do momento anterior, AGU passou a entender que a homofobia e transfobia violam os direitos fundamentais, sendo necessário uma imposição penal para essas atitudes. À vista disso, a PGR passou a entender que deve considerar a homofobia e transfobia como crime de racismo, por omissão inconstitucional, mas afastando a responsabilidade civil do Estado em indenizar as vítimas.

Após passar longos 8 anos de tramitação deste M.I nº 4733 para poder ter uma resolução do conflito, passando por diversas suspensões e julgamentos, no dia 13 de junho de 2019, resultou parcialmente dos provimentos feitos na inicial, portanto foi julgado procedente de forma colegiada, por maioria, pelo Tribunal, para:

(i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (BRASIL, 2019, p. 02).

O Relator Min. Edson Fachin, entendeu que a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, pretendia conquistar não somente os direitos humanos a essa associação, mas a dignidade da pessoa humana que decorre do princípio da igualdade, no entanto, o ministro também reconheceu

haver omissão por parte do Congresso Nacional, entendendo que no art. 5º, inciso XLI da CF (BRASIL, 1988) que trata sobre a punição que o Estado deve ter com a prática de discriminação, tem um mandado específico para criminalizar as condutas de homofobia e transfobia, considerando um bem jurídico, portanto é dever do Estado em proteger os bens jurídico (BRASIL, 2019).

Reconheceu que o STF poderia atuar em caso de omissão legislativa, mesmo havendo uma ofensa mínima a justiça, portanto a essa ofensa seria em um sentido de generosidade, porque os homossexuais seriam recompensados com a criminalização das condutas homofobia e transfobia, foi nessas argumentações que o Relator Min. Edson Fachin votou e foi acompanhado pelos demais ministros que concordavam, e equiparou as condutas de homofobia e transfobia ao crime de racismo, previsto na lei nº 7.716/89 (BRASIL, 1989).

Pode-se perceber que as argumentações trazida pelo Relator Min. Edson Fachin são de caráter equivocadas, uma vez que os ministros não podem atuar como legisladores, nem mesmo fazer generosidade para determinado grupo que busca direitos, e sim haver a sua aplicação de maneira correta e conforme o ordenamento jurídico, onde não ocorreu, pois a decisão foi de equiparação de conduta, até o momento que o Congresso venha Legislar sobre o assunto, sendo assim, configuraria violação do princípio da separação dos Poderes.

Por sua vez, é demonstrado de forma clara a ofensa ao princípio da separação dos Poderes, visto que o próprio relator “ofenderia minimamente a justiça”, o que não poderia haver nem se quer qualquer tentativa de ofensa, sendo assim, fica evidente que a prática de Ativismo Judicial ocorreu, dado que o Relator exerceu um papel mais ativo e intervencionista, extrapolando o limite da interpretação no reconhecimento do Mandado de Injunção nº 4773.

4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26: Criminalização da Homofobia e Transfobia

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, foi protocolada no dia 19 de dezembro de 2013 pelo Partido Popular Socialista (atualmente denominada de Cidadania), que tinha por Relator o Min. Celso de Mello, no entanto por sua vez, o objetivo da presente ação, tinha a mesma destinação e objetivo do Mandado de Injunção nº 4773, no qual se buscava a inconstitucionalidade

por omissão, que supostamente ofendia o art. 5º, inciso XLI e XLII da CF (BRASIL, 1988), mencionando que: “Para que seja, criminalizado todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente das ofensas, dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e identidade de gênero (BRASIL, 2014, p. 3-4)”.

Entretanto, foi julgado no mesmo dia do Mandado de Injunção nº 4773, em razão de que foi solicitado pela impetrante no M.I, um adiantamento no julgamento, para que se conseguisse de julgar conjuntamente com a ADO nº 26, por se tratar do mesmo tema, no qual foi concedido o pedido pelo Relator e julgado no mesmo dia.

A requerente da ADO ainda alegou impedimento em direitos fundamentais, como a segurança, livre orientação sexual e a livre identidade de gênero, isto porque o Parlamento Brasileiro exerce uma má vontade institucional em criminalizar a homofobia e transfobia. Foi trazido para ação também, o princípio da proporcionalidade, ao qual a população LGBT tem seus direitos em desproporção em relação aos demais cidadão (BRASIL, 2019).

No entretanto, foi solicitado e admitido, na condição de *amicus curiae*, os seguintes:

Grupo Gay da Bahia – GGB; Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT; Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual - (GADvS; Associação Nacional de Juristas Evangélicos - ANAJURE; Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida, Grupo Dignidade Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM; Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado – PSTU; Conselho Federal de Psicologia – CFP; Associação Nacional de Travestir e Transexuais - ANTRA;, e a Defensoria Pública do Distrito Federal (BRASIL, 2018, p. 9).

Foi solicitado pelo Min. Relator para que a Procuradoria-Geral da República se manifestasse sobre o caso, no entanto, foi favorável em emissão da manifestação nos autos, mencionando que a Constituição deveria dar a interpretação do conceito de raça, para que se punisse condutas de discriminação de homofobia e transfobia, nesse sentido que o Congresso legisle sobre o assunto, já que há mora inconstitucional.

Posteriormente a manifestação acima, foi solicitado também para que a AGU se manifestasse sobre o caso, no entanto, não foi favorável em emissão da manifestação nos autos, mencionando que não tem comando para tipificar criminalmente a homofobia e transfobia, sendo assim, o Poder Público não está em

mora inconstitucional e que conceito da lei racismo não poderia ser interpretado para que abrangesse condutas de homofobia e transfobia, somente em caso de lei específica.

O STF julgou parcialmente procedente ADO nº 26, no dia 13 de junho de 2019, em que pela maioria dos Ministros, reconheceu com efeito vinculante e eficácia geral, por 8 votos a favor e 3 contra, que:

a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, 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, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, 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), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente (BRASIL, 2019, p. 565).

É importante destacar que o Relator Min. Celso de Mello, em seu voto, reconheceu que o STF não está autorizado a tipificação de delitos em âmbito penal, sendo impossível pela própria Constituição. Logo, o STF não poderia agir como substituto do Congresso Nacional, visto que viola o princípio da separação dos poderes e reserva legal. Mas destacou sobre o tratamento preconceituoso, que é dirigido aos homossexuais nos dias atuais, por causa da identidade de gênero e orientação sexual (BRASIL, 2019).

Além de enquadrar a homofobia e transfobia nos delitos da lei nº 7.716/89 (BRASIL, 1989), estendeu a interpretação da Constituição, mais especificamente no art. 5º, inciso XLI e XLII (BRASIL, 1988), em que entendeu que o Poder Público deve abranger a todos sobre quaisquer preconceito ou discriminação,

neste caso, por orientação sexual o identidade de gênero, não deixando o entendimento apenas para a punição do racismo, já que mencionou que a homofobia e transfobia são atos atuais e contemporâneos do racismo (BRASIL, 2019).

No fim, dois grupos habilitados como *amicus curiae*, indagou o Min. Relator sobre as possíveis práticas de homofobia e transfobia em ambientes religioso, portanto, foi vetada a concepção trazida, sobre o argumento que não poderiam ser impedidas, visto que o Estado é considerado laico.

Em oposição a decisão, o Min. Ricardo Lewandowski em seu voto, disse que:

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta (BRASIL, 2019, p. 511-512)

Portanto, o resultado desta ADO 26 que proporcionou os efetivos direito as pessoas da comunidade LGBT, ao qual buscaram por longos anos esses direitos, no entanto, tais direitos hoje em dia, que se enquadram no crime de racismo, presente na lei nº 7.716/89 (BRASIL, 1989).

No entanto, por mais que se deliberou e aclarou um problema social, que é um lado positivo, à também a parte um lado negativo, no qual se teve violação do princípio da separação dos poderes.

4.2.1 Caso Gilberto Barros: primeira condenação criminal resultante da ado nº 26

Desde 2019 em que o STF fez a equiparação de condutas de homofobia e transfobia à ao crime de racismo, não houve nenhuma condenação referente a esses atos, no entanto, no dia 12 de agosto de 2022, o apresentador Gilberto Barros, que apresenta o programa “Amigos do Leão – 70 anos da TV Brasileira com Sônia Abrão” foi condenado em seara criminal pelo crime de homofobia, ao qual está equiparado em pelo racismo, enquadrada ao artigo 20, §2º da lei nº 7.716/90 (BRASIL, 1989).

Ocorre que durante o programa que apresentava, Gilberto Barros afirmou que:

Eu tinha [...] ainda presenciar, onde eu guardava o carro na garagem, beijo de língua de dois bigode, porque tinha uma boate gay ali na frente, não tenho nada contra, mas eu também vomito, sou gente, gente. (...) Hoje em dia se quiser fazer na minha frente faz, apanha dois, mas faz (BARROS, 2022).

O apresentador foi condenado pela 4ª Vara Criminal do Foro da Barra Funda, a pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, portanto, foi substituída por pena restritiva de direito, dado a prestação de serviço a comunidade e a multa foi convertida em cesta básica para doação.

Conforme podemos observar, a declaração do apresentador durante o programa, conteve preconceitos e ofensas em relação a população LGBT, portanto, pode-se observar diariamente inúmeras ofensas e preconceitos conforme correspondente a esta. Portanto, condutas de homofobia e transfobia devem ser criminalizadas, mas, adequá-las em uma legislação especial e específica, visto que o apresentador foi condenado por meio da equiparação resultante da ADO nº 26 e o MI nº 4773, se enquadrando na lei da racismo. Vale enfatizar que foi apenas o primeiros dos inúmeros casos que surgiram.

4.3 Omissão do Poder Legislativo

Quando falamos em omissão, não resta dúvidas que houve omissão do Poder Legislativo, no entanto, não é à toa que o Legislativo não defende os direitos das pessoas LGBT, uma vez que sempre houve uma resistência em inúmeros projetos de lei, sempre se mantendo inerte a esses assuntos, o que posteriormente deixou ainda mais propenso para que o STF efetivasse a decisão de equiparação.

O próprio Poder Legislativo que tem por função estabelecida Constitucionalmente na elaboração de leis para a sociedade, a fim de regular o convívio social e a necessidade da sociedade, dessa forma, é de praxe que os legisladores deve avançar na elaboração das leis, na medida em que a sociedade vai avançando. Portanto caso isso não ocorra, deixará lacunas aberta no ordenamento jurídico, o que posteriormente deve acontecer o mesmo resultado que aconteceu com a falta de criminalização de condutas de homofobia e transfobia, o STF acabou

exercendo uma função legislativa, a qual não tinha competência, dando mais ênfase em buscar o Poder Judiciário, quando o Poder Legislativo fica inerte.

A inércia do Poder Legislativo em legislar é preocupante, dado que o desprezo do legislador em relação a essas questões é uma recusa aos direitos fundamentais. Podemos rememorar da PL nº 122/2006 e outros projetos que foram debatidos, porém foram arquivados e que nem posteriormente houve outras tentativas de criminalizar essas condutas através de leis específicas, sempre havendo uma forma do Poder Legislativo e dos legisladores oporem uma certa resistência tocante a esse assunto.

É importante mencionar, que a omissão não ocorre apenas quando o Legislador não tem interesse em elaborar uma lei específica, mas ocorre também quando o próprio Poder Público se tornar ineficiente, visto que a maioria dos projetos de lei, por mais que resultaram no seu arquivamento, tiveram inúmeros embargos, levando a sua duração em anos, embora tenha atuação Legislativa, ainda falta a absoluta satisfação e interesse.

Para melhor compreender, Sarlet, Marinoni e Mitidiero, dizem que:

A omissão inconstitucional é parcial quando o legislador cumpre, de modo insuficiente ou insatisfatório, o seu dever de legislar em face da norma constitucional. Na omissão parcial, embora exista atuação legislativa, nela falta algo para se dar plena satisfação ao comando constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 1095-1096).

Não é à toa que nas decisões das ações do M.I nº 4733 e ADO nº 26, foram declaradas e reconhecida a mora inconstitucional do Congresso Nacional. Portanto, na atualidade se tem uma busca mais intensa pelo Poder Judiciário, enquanto o Poder Legislativo permanece inerte em resolver as demandas sociais, resultando na instigação dos magistrados em legislar.

A omissão do Legislador, acaba por sua vez, provocando uma reação em magistrados que estão mais propensos ao ativismo judicial, uma vez que acabam decidindo questões que não foram regulamentadas pelo Legislador, por sua vez, essas decisões apenas mostram uma insatisfação com a atuação do Poder Legislativo, o que justifica e resulta a prática de ativismo judicial pelo STF em querer suprir as lacunas e omissões deixadas pelo legislador.

No entanto, o Poder Judiciário vem participando mais ativamente por causa da omissão do Poder Legislativo, visto que também está ligado ao dinamismo,

ou seja, uma dificuldade dos Legisladores enfrentarem a realidade da atual sociedade moderna.

Diante disso, Mirelle Monte Soares, diz que:

O Judiciário ficou livre para tomar um espaço que o legislativo deixou vago: o da produção normativa. Ocorre que esse modelo de democracia enfrenta uma desestabilização, tanto no liame político, quanto no vínculo cívico. Quanto àquele há uma crise de representação, já que há uma desconfiança do povo em seus representantes, causada pela incapacidade deles responderem às expectativas dos cidadãos, a corrupção do meio e a tentativa de manipulação da opinião pública. Ainda, há uma crise de participação, decorrente da erosão da confiança. O absenteísmo nas eleições encontra níveis cada vez mais altos (SOARES, 2015, p. 85)

De fato o Legislativo estagnou perante a evolução da sociedade, não cumpre seu papel e função principal estabelecida pela Constituição, deixou de discutir questões essenciais para sociedade moderna, o que causou grande vácuo e lacuna no ordenamento jurídico, sendo que a atual legislação vigente precisa ser complementada e moldada com os novos anseio da sociedade, para garantir a segurança da sociedade, dado que o seu não avanço Legislativo é umas das grandes causas da supervalorização do Poder Judiciário, uma vez que o cidadão precisa da proteção do Estado, e não encontra-se amparado pela inercia que o Legislador se mantém.

Conclui-se então, que houve omissão do Poder legislativo, seja ela total ou parcialmente, uma vez que os Legisladores não atenderam os princípios básicos da Constituição, permanecendo inerte a sua função, sendo que em nenhum momento demonstrou interesse em criminalizar especificamente atos e condutas de homofobia e transfobia, que no caso ferem os direitos de liberdade fundamentais.

4.4 Relação com o Princípio da Legalidade no Julgamento

A decisão do STF que resultou pela equiparação e o enquadramento de condutas de homofobia e transfobia na lei de racismo, não teve somente impacto na Constituição, como a violação do Princípio da separação dos Poderes, mas inevitavelmente no âmbito penal principalmente, uma vez que as condutas de homofobia e transfobia foram equiparadas, por conseguinte a um tipo penal, ou seja, um crime.

Por sua vez, um dos principais Princípios que regem o âmbito penal, é o Princípio da Legalidade, ao qual estabelece que uma conduta praticada, só poderá ser considerada uma infração penal, caso esteja estabelecida em uma lei que defina a conduta como infração penal antes de ser praticada. Este princípio é de grande relevância e importância, em razão de impor ao Estado um limite ao poder punitivo, fazendo valer o direito à liberdade humana, tendo em vista que nenhuma pessoa teria a sua liberdade garantida, caso fosse possível condenar uma pessoa por uma infração penal que não praticou.

Por tamanha notoriedade, está previsto na CF, tratando-se de direitos e garantias fundamentais, prevista no art. 5º, inciso XXXIX, mencionando que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).

Acerca do Princípio da Legalidade, também foi tipificado no Código Penal, estando previsto no art. 1º, mencionando que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988).”.

Existe uma relação entre o Princípio da Legalidade e o Princípio da Separação dos Poderes, uma vez que a Legalidade se subdivide, assim podendo ser considerada Legalidade escrita, digo *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, isto significa, nenhum crime, nenhuma punição sem uma lei escrita, assim, podemos compreender que apenas os Legisladores, os quais são competentes para criação de um determinado tipo penal.

Para compreender melhor o que foi dito acima, Guilherme de Souza Nucci, explica que:

Ao cuidarmos da legalidade, podemos visualizar os seus três significados. No prisma político é garantia individual contra eventuais abusos do Estado. Na ótica jurídica, destacam-se os sentidos lato e estrito. Em sentido amplo, significa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5.º, II, CF). Quanto ao sentido estrito (ou penal), quer dizer que não há crime sem lei que o defina, nem tampouco pena sem lei que a comine. Neste último enfoque, é também conhecido como princípio da reserva legal, ou seja, os tipos penais incriminadores somente podem ser criados por lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, de acordo com o processo previsto na Constituição Federal (NUCCI, 2014, p. 80).

O Min. Ricardo Lewandowski, ao votar na ADO nº 26, mencionou que a equiparação afronta o princípio da reserva legal, ao qual está diretamente ligado ao princípio da Legalidade, disse que:

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos (BRASIL, 2019, p. 514).

No entanto, há de mencionar a vedação do uso da analogia *in malam partem*, isto significa, é proibido a aplicação em desfavor do réu, uma vez que afronta o Princípio da Legalidade, em razão do magistrado não poder aplicar determinada lei, por motivo de lacuna ou falta de norma regulamentadora, de modo que prejudique o réu.

Em casos de omissão do Legislador, que os magistrado costuma a aplicar esta analogia, portanto, caso o magistrado use em desfavor do réu, estará violando o princípio da Legalidade, mas, o fato constitui quando o processo já está em andamento, porém o resultado da equiparação pelo STF, já constitui uma equiparação em desfavor do réu.

Não é permitido que o Judiciário supra uma lacuna na lei, uma vez que violaria em âmbito penal, o princípio da Legalidade, sendo que estaria sendo Legislador Penal. Portanto, para criminalizar condutas de maneira correta, é necessário que o Legislador produza a lei em sentido formal, ao qual não ocorreu no caso.

Conforme dito acima, podemos analisar abaixo a aplicação do Princípio da Legalidade pelo STF em um determinado caso, para compreender que o STF já deferiu julgamento que proíbe analogia *in malam partem*, conforme Ementa do Habeas Corpus nº 97.261:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE RECURSAL DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO OU RECEPÇÃO NÃO AUTORIZADA DE SINAL DE TV A CABO. FURTO DE ENERGIA (ART. 155, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ADEQUAÇÃO TÍPICA NÃO EVIDENCIADA. CONDOTA TÍPICA PREVISTA NO ART. 35 DA LEI 8.977/95. INEXISTÊNCIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. APLICAÇÃO DE ANALOGIA IN MALAM PARTEM PARA COMPLEMENTAR A NORMA. INADMISSIBILIDADE. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ESTRITA LEGALIDADE PENAL. PRECEDENTES. O assistente de acusação tem legitimidade para recorrer de decisão absolutória nos casos em que o

Ministério Público não interpõe recurso. Decorrência do enunciado da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal. O sinal de TV a cabo não é energia, e assim, não pode ser objeto material do delito previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal. Daí a impossibilidade de se equiparar o desvio de sinal de TV a cabo ao delito descrito no referido dispositivo. Ademais, na esfera penal não se admite a aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei (analogia *in malam partem*), sob pena de violação ao princípio constitucional da estrita legalidade. Precedentes. Ordem concedida. (HC Nº 97261 – RS, julgamento em 12 de abril de 2011).

Portanto, conforme jurisprudência citada, é entendido pelo STF que não se deve a interpretação *in malam partem*, uma vez que violaria o Princípio da Legalidade, haja vista que a interpretação não se deve dar para suprir lacunas do ordenamento jurídico, de modo que é vedado a aplicação de uma norma, sem que haja previsão normativa anterior a prática da conduta. Nesse caso fica evidente o STF aplicou a analogia *in malam partem* ao equiparar as condutas de homofobia e transfobia na lei de racismo, passando a configurar um novo tipo penal, por motivo de lacuna sobre o assunto.

Desta forma, Juarez Tavares ao tratar do assunto, diz que:

Como o princípio da legalidade, além de estar na Constituição, também está disposto no Código Penal, pode-se dizer que se trata de uma regra, ou de postulado normativo, que não pode ser flexibilizado. Se uma conduta não estiver prevista na lei penal como criminosa, nada poderá transformá-la em criminosa, nem a vontade dos governantes, nem as decisões judiciais, ainda que seus possíveis efeitos possam ser considerados socialmente relevantes (TAVARES, 2018, p. 60).

Portanto, em relação ao resultado da equiparação, fica evidente que o STF, agiu *in malam partem*, isso significa, em prejuízo ao indivíduo, uma vez que a conduta de Homofobia e Transfobia não se encaixam perfeitamente na lei de racismo, necessitando no entanto de uma lei específica, assim não é possível a sua aplicação.

4.5 Ativismo Judicial na Decisão do STF na Seara Criminal

Conforme já foi afirmado anteriormente, o STF incorreu na prática de Ativismo Judicial, violando dois importantes princípios, em duas searas distintas, na seara Constitucional e na seara Penal. Em consoante ao resultado que equiparou as condutas de homofobia e transfobia ao crime de racismo, resultou em uma violação autoritária da suprema corte Brasileira, ao qual a omissão do Poder Legislativo tem grande parcela de culpa para essa equiparação.

Para compreender melhor as razões que levaram os Ministros do Supremo a decidir sobre a equiparação, passa-se a analisar na ADO nº 26, apenas três breves votos, de três Ministros que tiveram entendimento diferente. Em que o Min. Luís Roberto Barroso votou de forma procedente (posição da maioria do colegiado), o Min. Ricardo Ricardo Lewandowski que julgou parcialmente procedente, e por fim, o Min. Marco Aurélio que julgou improcedente.

O Min. Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2019), mencionou que o Brasil é considerado o país que mais registra o maior número de assassinatos de transexuais do mundo, além disso, com tamanha brutalidade é praticado. Afirmou que houve mora inconstitucional do legislador, uma vez que se tem ausência de normal criminal que puna a homofobia e transfobia, pois não restou dúvidas que atestam formas de discriminação atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais.

Antes de proferir seu voto, Barroso, mencionou que:

Em circunstâncias normais, meu voto seria no sentido de fixar um prazo para o Congresso Nacional atuar e, somente no caso de persistir a omissão, determinar a integração da ordem jurídica, definindo a norma que deveria reger a matéria. Porém, aqui, é um caso típico em que o processo político majoritário não dá conta de fazer valer o comando constitucional. Como informado pelo próprio Congresso Nacional, esse tema é debatido no âmbito do Poder Legislativo desde 1997. A falta de perspectiva de solução do tema no âmbito legislativo tornaria meramente formal e inócua uma fixação de prazo, nessas circunstâncias (BRASIL, 2019, p. 295).

Mas ao tratar sobre equiparar os conceitos de homofobia e transfobia na lei de racismo, Barroso disse que:

Em 1989, a Lei do Racismo estabeleceu punições para crimes resultantes de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Não contemplou textualmente, portanto, o preconceito fundado em orientação sexual e identidade de gênero. É certo que, naquela época, o debate em torno dessa pauta não se encontrava suficientemente maduro. Trinta anos depois, esse cenário se modificou: em todo o mundo e também no Brasil, houve significativa evolução quanto ao reconhecimento de direitos das pessoas LGBTI+ (BRASIL, 2019, p. 298).

Entendeu que na época, faltou ampliar o conceito de racismo, por isso não constava orientação sexual e identidade de gênero, e por fim o Ministro entendeu que não se trata de analogia *in malam partem*, reconhecendo a ADO nº 26 e o M.I nº 4733, e julgando procedente os pedidos.

O Min. Marco Aurélio (BRASIL, 2019), mencionou que é inaceitável a prática de homofobia e transfobia, sendo que o cenário atualmente é considerado de “barbárie incompatível” com os avanços civilizatórios, sendo que o grupo LGBT não tem proteção suficiente do Estado brasileiro, no qual o mesmo é o responsável de promover o bem estar de todos.

No entanto, mencionou (BRASIL, 2019) que não se pode reconhecer a omissão do Congresso Nacional, por falta de norma tipificando crime, sendo assim, não pode uma omissão ser imposta ao Legislador, por este motivo existe a independência e harmonia dos Poderes. Mas por sua vez, declarou também que:

o cabimento do mandado de injunção não prescinde da demonstração da existência de direito subjetivo de determinada coletividade – homossexuais, transgêneros e demais integrantes desse grupo vulnerável – cujo exercício estaria inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora a versar “a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima” (BRASIL, 2019, p. 551-552)

O Min. Marco Aurélio ainda se manifestou (BRASIL, 2019) dizendo que o princípio da reserva de lei, ou seja, o princípio da legalidade proíbe a analogia, e que reconhece de forma taxativa os preceitos do racismo, assim, não podendo ser exemplificativos e desprovidos, porém, indagou que se deve observar a independência e harmonia dos Poderes, uma vez que o Poder deve atuar na área que é reservada.

Ao tratar do Princípio da Separação dos Poderes e da Reserva Legal, mencionou que:

espera-se que a sinalização deste Tribunal no sentido da necessária proteção às minorias e aos grupos socialmente vulneráveis contribua para a formação de uma cultura livre de todo e qualquer preconceito e discriminação, preservados os princípios da separação dos Poderes e da reserva legal (BRASIL, 2019, p. 557).

Mas ao tratar do enquadramento das condutas de homofobia e transfobia na lei de racismo, o Min. Marco Aurélio (BRASIL, 2019), mencionou que não viabiliza ao Tribunal, em desconformidade com a expressa e clara restrição contida na Lei Maior, não podendo haver a complementação de novos tipos penais, logo então, a lei de racismo não contempla sobre a orientação sexual.

Por fim, o Min. Marco Aurélio, votou para:

Ante os limites impostos ao exercício, pelo Supremo, da jurisdição constitucional, dirijo dos Relatores para inadmitir o mandado de injunção e, admitindo em parte a ação direta, julgar, nessa extensão, improcedente o pleito, deixando de reconhecer omissão legislativa quanto à criminalização específica da homofobia e da transfobia. (BRASIL, 2019, p. 557).

Por sua vez, o Min. Ricardo Lewandowski, foi em oposição ao entendimento do colegiado, entendeu que (BRASIL, 2019) a lei pode muito, mas não pode tudo, por outro lado, reiterou com o colegiado que a situação que o grupo LGBT se encontra é de injustiça social, assim devendo haver a criminalização dessas condutas.

Ao contrário dos outros, Min. Ricardo Lewandowski tratou sobre a questão da separação dos Poderes, onde somente o Legislativo tem competência para criminalizar, mencionando que:

é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta (BRASIL, 2019, p. 512).

O Ministro ainda ao tratar sobre a seara penal, trouxe uma jurisprudência da Segunda Turma, ao qual tinha como o Relator Min. Celso de Mello, no qual é o presente relator da ADO nº 26, disse que:

Em importante precedente a respeito do tema da reserva legal (RHC 121.835 Agr/PE, Rel. Min. Celso de Mello), a Segunda Turma desta Corte teve oportunidade de afirmar que:
 “Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF)” (BRASIL, 2019, p. 513).

Portanto, conforme dito acima, o presente Min. Ricardo Lewandowski disse ainda que (BRASIL, 2019) admite a lei interna, apenas como fonte, em duas maneiras, seja formal ou direta de regras de direito penal, conforme o disposto no art.

5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos e art. 15º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Por fim, votou para reconhecer apenas a mora legislativa e para o que o Congresso Nacional tome as medidas necessárias.

Conforme essa pequena análise dos breves votos de três ministros da Suprema Corte, que tiveram entendimento diverso, fica entendido que a turma de maneira colegiada busca a criminalização das condutas de homofobia e transfobia, uma vez que a classe LGBT é a que mais sofre discriminação, no qual deve ser reprimido os indivíduos que praticam essa discriminação.

Entretanto essa decisão proferida pelo STF, no qual resultou a equiparação das condutas de homofobia e transfobia na lei de racismo, é considerada imperfeita, deixando uma fissura no ordenamento jurídico, uma vez que junto a essa decisão, o STF trouxe um conjunto de inconstitucionalidades. Sendo esses três pontos específico, no qual praticou: I) Ativismo Judicial, por exercer uma função institucional ativa no Legislativo; II) Violação do Princípio da Separação dos Poderes, por exercer a função do Poder Legislativo, no sentido de criar criminalização de conduta; e, III) Violação do Princípio da Legalidade em matéria penal, em razão do magistrado não poder aplicar determinada lei, por motivo de lacuna ou falta de norma regulamentadora. Por fim, o estado de mora inconstitucional do Legislativo, deu causa para que o STF agisse nesse sentido, visto que o Legislativo nunca quis de maneira efetiva tentar criminalizar esse tipo de conduta, sendo assim, essa prática que incorreu o STF, apenas deixa brechas para momentos posteriores pratique novamente as mesmas condutas.

5 CONCLUSÃO

De acordo com todos exposto anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, fez a equiparação na decisão das condutas de Homofobia e Transfobia a legislação do crime de Racismo. Sendo assim, é notável que houve uma ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes e Princípio da Legalidade, uma vez que não tem por função fazer a criação de leis e normas, ao qual compete ao Poder Legislativo.

Portanto, no segundo capítulo, podemos chegar à conclusão de que o Princípio da Separação dos Poderes foi violado pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que de acordo com esse princípio, cada Poder tem que exercer a sua função separadamente, não podendo haver uma interferência, o que no presente caso não ocorreu, uma vez que os Ministros tiveram a função de Legisladores.

Tratando-se do Poder Legislativo, que é responsável pela elaboração de leis e normas que regem a vida em sociedade e que são de interesse do cidadão para que consigam um melhor convívio e harmonia entre a sociedade, deixou de exercer essa sua função, e ficou inerte a sociedade, uma vez que, já se passaram anos sem ter uma efetiva norma que criminalizasse as condutas que resultam de homofobia, o próprio exemplo é o Projeto de Lei nº 122/2006, ao qual é resultante de outros projetos de leis anteriores, mas que tinha o mesmo objetivo, de criminalizar essas condutas.

Sendo assim, por mais que esse Projeto de Lei nº 122/2006 não obteve sucesso e foi destinada ao arquivamento, em nenhum momento posterior, não houve qualquer manifestação dos Legisladores para criação de projetos de leis que buscavam criminalizar condutas homofóbicas, mesmo com os anseios da sociedade em querer banalizar essas condutas.

No terceiro capítulo, adentrando no tema de Ativismo Judicial e seus fenômenos como politização do judiciário e judicialização da política, podemos entender que o ativismo judicial é quando o Judiciário tem uma participação mais ampla e intensa na interpretação da Constituição, tendo uma maior interferência na atuação dos outros Poderes, que no presente caso da decisão de equiparação do Supremo Tribunal Federal ocorreu.

A politização do judiciário, fenômeno no qual ocorreu, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, uma vez que o Judiciário não usou adequadamente na

decisão uma sustentação no ordenamento jurídico, passando os magistrado a exercerem um papel político, sendo pelo meio do consenso popular e pela própria opinião pública. É importante mencionar que o fenômeno da judicialização da política também ocorreu, haja vista que questões de homofobia e transfobia, deveriam envolver o Congresso Nacional primeiro, antes de envolver o Poder Judiciário.

Ocorre que a falta de norma regulamentadora, faz com o que o Poder Judiciário tenha mais demanda, sendo assim, fica notável que o Judiciário acaba tendo uma super valorização em relação aos demais, sendo assim, os magistrados por acharem que estão aplicando a “justiça”, estão interferindo em outro Poder, sendo que passam a fundamentar com base na sua própria convicção e não no ordenamento, ou seja, os magistrados deixaram de interpretar a lei e passaram a reescreve-las.

No quarto capítulo, pode-se perceber que o resultado dessa inércia do poder Legislativo, foi quando o Supremo Tribunal Federal, equiparou as condutas de homofobia e transfobia a lei nº 7.716/89 (BRASIL, 1989), na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e Mandado de Injunção nº 4733, tendo a criação de nova conduta penal. Portanto, o resultado da decisão de equiparação afetou na seara penal, no caso o Princípio da Legalidade foi violado, uma vez que esse princípio estabelece que uma conduta só poderá ser considerada como crime, caso a mesma esteja estabelecida na lei antes de ser praticada, por sua vez, pode-se compreender que apenas os Legisladores podem definir qual conduta pode ser estabelecida na lei, razão pela qual são competentes, mas no caso, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que punira condutas de homofobia e transfobia por equiparação na lei de racismo, portanto, não está definido anteriormente a prática dessas conduta no ordenamento jurídico, o que torna uma analogia *in malam partem*, não sendo permitido a sua aplicação, uma vez que os ministros por estarem em desfavor do acusado, violam o Princípio da Legalidade.

A omissão legislativa é uma das principais causas que levaram o Supremo Tribunal Federal a praticar Ativismo Judicial, por falta de norma regulamentadora e interesse em criminalizar condutas de homofobia e transfobia, fez que a Suprema Corte entendesse necessário essa criminalização, no entanto os ministros que votaram a favor estariam exercendo uma função jurisdicional constitucionalmente outorgada de outro Poder, atuando além da sua própria competência jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ABAL, Felipe Cittolin. **Getúlio Vargas e o Supremo Tribunal Federal: uma análise do habeas corpus de Olga Prestes**. 2017. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/antiteses/article/view/28427/0>. Acesso em: 23 de fev de 2023.

ALVES, Felipe Freitas de Araújo. APPROBATO, Ana Patricila Ribeiro. TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **O mandado de injunção à luz das teorias das lutas por reconhecimento das comunidades LGBTQ+**. 2021. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitoejustica/article/view/410>. Acesso em: 05 de mar de 2023.

ALVES, Thamirys Teles. **Ativismo judicial: uma análise crítica do julgamento da ADO nº 26 pelo supremo tribunal federal**. 2020. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Fametro, Fortaleza, 2020. Disponível em: <https://repositorio.unifametro.edu.br/handle/123456789/201/browse?type=subject&order=ASC&rpp=20&value=Ativismo+judicial>. Acesso em: 26 de jun de 2022.

AMARAL, Maria Fernanda de Toledo Pennacchi Tibiriça. LIMA, Aline Aparecida Novais Silva. **Ativismo Judicial como garantia do Estado Democrático de Direito**. 2015. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4921>. Acesso em: 09 de jan de 2023.

ARAUJO, Eugênio Rosa. **A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial: Distinção, Causas e Perspectivas**. 2018. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-67/pags-39-53>. Acesso em: 25 de jan de 2023.

ARAUJO, Fábio Roque da Silva. FIGUEIREDO, Raquel El-Bachá. **A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal e os possíveis limites na formação dos precedentes penais**. 2020. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/16546#:~:text=Verifica%2Dse%20que%20a%20determina%C3%A7%C3%A3o,da%20analogia%20in%20malam%20partem>. Acesso em: 23 de set de 2022.

ASSEMBLEIA Legislativa: as funções do poder legislativo. **Belo Horizonte: Escola do Legislativo**, 2015. Disponível em: https://www.almg.gov.br/educacao/espaco_professor/recursos_didaticos/publicacoes/index.html?idPublicacao=889720&cat=1358. Acesso em: 31 de jul de 2022.

BARROS, Gilberto. 1 Vídeo (33 seg). Apresentador Gilberto Barros é condenado a 2 anos de prisão por homofobia. **Publicado pelo canal Notícias News**, 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cZuxgsTJHGc>. Acesso em: 15 abr 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática**. 2009. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 25 de jan de 2023.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: 26**. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 05 mar. 2023.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: 26**. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7197637&prclD=4515053&ad=s#>. Acesso em: 03 abr 2023.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção: 4733/DF**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT). Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=180741204&ext=.pdf>. Acesso em 19 mar 2023.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção: 4733/DF**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT). Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em 05 mar. 2021.

BRASIL, **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Brasília: Presidência da República. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 10 de out de 2022.

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

BRASIL. **Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 14 de out de 2022.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 7 de Dezembro de 1940.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 15 de dezembro de 2006**. 2006. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em 03 de out. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26 (ADO nº 26)**. Requerente: Partido Popular Socialista - PPS. Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 29 abr 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Mandado de Injunção: 4733/DF**. Agravante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT). Agravado: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=4923201&ext=.pdf>. Acesso em 26 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 97.261 Rio Grande do Sul**. Habeas Corpus, Direito Penal, Alegação de ilegitimidade recursal do assistente de acusação, improcedência, interceptação ou receptação não autorizada de sinal de TV a cabo. Paciente: Luís Fernando Aliatti. Impetrante: Joao Augusto Moojen. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 12 de abril de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622429>. Acesso em: 10 mai de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733/DF**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT). Impetrado: Congresso Nacional. Relator Min. Edson Fachin. Portal STF. Processos. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 18 mar 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 37**. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia. [2014]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1961>. Acesso em: 20 de out. de 2022.

BRITO, Rafaela Silva. TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. O princípio da separação dos poderes: perspectiva da fraternidade na implementação da cogovernança no Brasil. *In*: Rafaela Silva Brito; Matías Mattalini; Flávio Dal Pozzo; Daniela Ropelato. (Org.). **Cogovernança como processo de construção de fraternidade na política, a partir das cidades**. Caruaru: Editora Ascres, 2021. v. 1, p. 53-65. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.pucRio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=26606@>. Acesso em: 18 de jul. de 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CIONE, Larissa Beschizza. **Ativismo judicial no Brasil e seu impacto no processo de desenvolvimento econômico**. 2018. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) – Faculdade de Direito de

Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2018. Disponível em:
<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-29052019-170006/pt-br.php>.
Acesso em: 04 de jan de 2023.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELIAS, Rubens Alexandre. **O Ativismo Judicial na sociedade pós-moderna**. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/12791>. Acesso em: 04 de abr de 2023.

ERICKSEN, Lauro. As consequências discriminatórias do PLC 122/06 na seara laboral: uma aplicação desarrazoada do princípio da igualdade. **Revista Jurídica**, v. II, p. 134-156, 2012. Disponível em:
<https://www.claretiano.edu.br/revista/juridica/605b7a87411a529388ea424e>. Acesso: em 05 de out. de 2022.

ESCOBAR, Amanda Greff. SOBRAL, Willde Pereira. **Ativismo Judicial e a Criminalização da Homofobia no Brasil: Uma análise do caso ADO 26 e MI 4733**. 2020. Disponível em:
<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/olpbq8u9/89p7633w>. Acesso em: 27 de jul 2022.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. **Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização: o Manado de Injunção nº 4733 e a criminalização da homofobia**. 2014. Disponível em:
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1007/669>. Acesso em: 05 de mar de 2023.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional**. 2014. Disponível em:
<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf>. Acesso em: 29 de jul. de 2022.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Poder Judiciário na Constituição de 1988, Judicialização da política e politização da justiça**. 1994. Disponível em:
<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46407>. Acesso em: 03 de fev de 2023.

FOSCARIN, Danielle Rebelato. **O Ativismo Judicial como forma de retrocesso social**. 2020. Dissertação (Mestrando em Ciência Jurídica) – Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, 2020. Disponível em:
<https://www.upf.br/ppgdireito/dissertacoes/dissertacoes-defendidas-em-2020>. Acesso em: 04 de jan de 2023.

FRANÇA, **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. França: Versalhes. 1789. Disponível em:

https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o. Acesso em: 15 de out. de 2022.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 28 de dez 2022.

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://inter temas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1685>. Acesso em: 09 de set. de 2022.

HUTZLER, Fernanda Souza. **O Ativismo Judicial e seus reflexos na seguridade social**. 1. ed. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018.

JADE, Líria. **Saiba como é feita a escolha de um ministro do STF**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-02/saiba-como-e-feita-escolha-de-um-ministro-do-stf>. 2017. Acesso em: 08 fev 2023.

JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. **Ativismo Judicial no Brasil e perda do mandato parlamentar: Os casos das comissões parlamentares de inquérito e da fidelidade partidária**. 1. ed. Brasília: Edições Câmara, 2016.

JUNIOR, Antônio Leite Cavalcante. OLIVEIRA, Bruno Moraes Gomes. **A politização do judiciário e os limites éticos do ativismo judicial: análise constitucional e filosófica da funções e os atores judiciais**. 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/22569>. Acesso em: 30 de jan de 2023.

JÚNIOR, Edson José De Souza. **A separação dos poderes e o controle das políticas públicas pelas cortes de contas**. 2021. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/administracao/cortes-de-contas>. Acesso em: 18 de jul. de 2022.

JUNIOR, Jeriel Vieira. **O julgamento da ADO 26 e MI 4733 como reflexo do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal: análise da possível violação ao princípio da separação dos poderes**. 2021. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13271#:~:text=Com%20base%20nas%20premissas%20estabelecidas,Constitui%C3%A7%C3%A3o%2C%20a%20qual%20baliza%20a>. Acesso em: 21 de jul. de 2022.

LIMA, Fabiano Andrade. **Pretori d'Assalto: A racionalidade por trás da politização do judiciário**. 2021. Dissertação (Mestrando em Economia) – Universidade Brasília, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/41352>. Acesso em: 30 de jan de 2023.

MACHADO, Diana Soares. **A politização do Supremo Tribunal Federal diante do mecanismo de escolha de seus ministros**. 2007. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/3590>. Acesso em: 15 de fev de 2023.

MACHADO, Gabriela Orlandi. **O estudo do Projeto de Lei da câmara no 122/06 em relação aos princípios constitucionais fundamentais e constitucionais penais**. 2012. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/614/3/20722446_Gabriela%20Machado.pdf. Acesso em 15 de out de 2022.

MADEIRA, Daniel Leão Hitzschky. AMORIM, Rosendo Freitas. **O Ativismo Judicial Instrumento de Concretização de Direitos ou Ingerência no Princípio da Separação dos Poderes?**. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=93>. Acesso em: 04 de jan de 2023.

MALDONADO, Maurílio. PIRA, Hernandes. **Curso de processo legislativo**. 2007. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/federalismo_separacao_de_poderes_e_principio_da_legalidade.pdf. Acesso em: 10 de set de 2022.

MARIZ, Priscila Melo Rodrigues. **Ativismo Judicial e Supremo Tribunal Federal: Uma análise da Corte Ativista**. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/31466>. Acesso em: 04 de jan de 2023.

NETO, Elias Candido da Nobrega. **Decisões aditivas como representação do ativismo judicial? Uma análise da ADO 26**. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/5131/2011>. Acesso em: 27 de fev de 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, José Flávio Fonseca. **A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal: o uso da leitura moral de Ronald Dworkin em detrimento do princípio da maioria de Jeremy Waldron**. 1. ed. São Paulo: CEJ, 2020.

OLIVEIRA, Marcos Rogério Félix. **Ativismo Judicial na Perspectiva comparada entre o Direito e a Ciência Política: Remédio ou Veneno para a democracia?**. 2019. Dissertação (Mestrando em Ciência Política) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/handle/ufscar/12225>. Acesso em: 04 de jan de 2023.

ORLANDO, Kizzi Stigert. **O STF e a Judicialização da Política um estudo comparativo entre Brasil e Alemanha**. 2010. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/5217>. Acesso em: 25 de jan de 2023.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Coimbra, 1989.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos Poderes, e histórico das Constituições**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, Thayssa Adriana Maia. **Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo**. 2021. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Taubaté, Taubaté, 2021. Disponível em: <http://repositorio.unitau.br/jspui/handle/20.500.11874/5878>. Acesso em: 04 de jan de 2023.

QUEIROZ, Vinny Sousa. **O controle de constitucionalidade das medidas provisórias**. 2015. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.pucrio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=26606@1>. Acesso em: 18 de jul. de 2022.

RAMOS, Leticia Ferreira. **Análise Histórico-Evolutiva do Ativismo Judicial no Brasil e no mundo com enfoque na atuação do STF**. 2021. Monografia (Bacharelado em Direito) – Pontifca Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2021. Disponível em: <https://repositorio.sis.puccampinas.edu.br/handle/123456789/14673>. Acesso em: 07 de jan de 2023

RANGEL, Bruna Leão. **Discurso de ódio e PLC nº 122/06: liberdade de expressão ou direito de discriminar?**. 2013. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/6862/1/2013_BrunaLeaoRangel.pdf. Acesso em: 28 de set. de 2022.

RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo Judicial: Características e singularidades Do voluntarismo à concretização de direitos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

REZENDE, Abdalla Alexandre Miguel. **O princípio da separação de poderes e seu ferimento pelo desvirtuamento das funções de cada órgão**. 2006. Disponível em: [https://core.ac.uk/search?q=authors:\(Abdalla,%20Alexandre%20Miguel%20Rezende\)](https://core.ac.uk/search?q=authors:(Abdalla,%20Alexandre%20Miguel%20Rezende)). Acesso em: 09 de set de 2022.

ROMANO, Roberta Costa. **Princípio da Legalidade e Ativismo Judicial em Matéria Penal**. 2020. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/extrafema/buscarTccCurso.jsp?id=4019>. Acesso em: 27 de set de 2022.

ROMÃO, Luís Fernando de França. **A Politização do Poder Judiciário e as causas do Ativismo Judicial**. 2017. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/10403>. Acesso em: 29 de set de 2022.

SANTOS, Anderson Souza. PEREIRA, Cleyton Giacomini. **Ativismo Judicial na Decisão do STF em equiparar a Transfobia e a Homofobia ao crime de Racismo**. 2021. Disponível em:

<http://dspace.doctum.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/3818>. Acesso em: 23 de jun de 2022.

SANTOS, Paulo Junior Trindade. BALESTRIN, Thelleen Aparecida. **Ativismo Judicial**. 2011. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/39>. Acesso em: 04 de abr de 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHLESINGER JR, Arthur Meier. **The Supreme Court: 1947**. Vol. 35. Fortune, 1947.

SECONDAT, Charles-Louis. **O Espírito das Leis**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo Judicial no Brasil e perda do mandato parlamentar: As decisões do Supremo Tribunal Federal sobre infidelidade partidária**. 1. ed. Brasília: Edições Câmara, 2015.

SOARES, Mirelle Monte. **A Crise Funcional do Estado Contemporâneo: juízes-legisladores versus legisladores-juízes**. 2015. Dissertação (Mestrando em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2015. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7332>. Acesso em: 18 de abr de 2023.

SOUSA, Júlia Maia de Meneses Rocha. CUNHA, Jânio Pereira. **A Fidelidade Partidária à Luz do Ativismo Judicial: Limites e Ilegitimidade Democrática**. 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=606555cf42a67197>. Acesso em: 17 de jan de 2023.

SOUZA, Larissa Oliveira. ALVES, Rafael Rodrigues. **Ativismo judicial no pretório excelso: a politização do judiciário e sua influência frente às escolhas e atuação**. 2022. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/49133>. Acesso em: 25 de fev de 2023.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Tirant lo blach, 2018.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **Judicialização da Política**. 2016. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/estante/judicializacao-da-politica/>. Acesso em 25 de jan de 2023.

VALLE, Vanice Regina Lírio. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise jurisprudencial do STF**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. 2008. Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?lang=pt>. Acesso em:
13 de fev de 2023.