

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO DISTRITO FEDERAL

ALYSSON ARAGÃO ROSA

&

BRENDA VIEIRA DE PÁDUA

**A AMEAÇA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO DEVIDO A ABERTURA
DE PRECEDENTE PELO STF QUANTO A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E
TRANSFOBIA COMO RACISMO**

BRASÍLIA

2020

**ALYSSON ARAGÃO ROSA
&
BRENDA VIEIRA DE PÁDUA**

**A AMEAÇA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO DEVIDO A ABERTURA
DE PRECEDENTE PELO STF QUANTO A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E
TRANSFOBIA COMO RACISMO**

**Trabalho de Conclusão de Curso – TCC
- Artigo científico jurídico apresentado à
disciplina, TCC-II, do Centro
Universitário do Distrito Federal como
requisito parcial para a obtenção de
grau de bacharel em Direito.**

**Orientadora: Dra. Cristina Aguiar
Ferreira da Silva**

**BRASÍLIA
2020**

**ALYSSON ARAGÃO ROSA
&
BRENDA VIEIRA DE PÁDUA**

**A AMEAÇA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO DEVIDO A ABERTURA
DE PRECEDENTE PELO STF QUANTO A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E
TRANSFOBIA COMO RACISMO**

**Trabalho de Conclusão de Curso – TCC
- Artigo científico jurídico apresentado à
disciplina, TCC-II, do Centro
Universitário do Distrito Federal como
requisito parcial para a obtenção de
grau de bacharel em Direito.**

Orientadora: Dra. Cristina Aguiar Ferreira da Silva

Professor(a):

Professor(a):

RESUMO

Este artigo tem por objetivo fazer uma análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO 26/DF e Mandado de Injunção – MI 4733, na qual, de forma inconstitucional, o supremo equiparou a homofobia e transfobia como crime de racismo, provocando lesão aos Princípios da Separação dos Poderes, da Legalidade e da reserva legal. Serão expostos os argumentos da decisão, os Princípios e normas constitucionais transgredidos, e os riscos de abertura deste precedente para a ordem jurídica. No presente trabalho o método de pesquisa utilizado foi o de pesquisa qualitativa buscando-se o referencial teórico e as fontes de pesquisa em artigos científicos, doutrinas constitucionais, nas próprias normas constitucionais e legais, como também em jurisprudenciais. Concluiu-se que não cabe ao Poder Judiciário a criminalização de condutas, pois é inconstitucional, é incompatível com as suas prerrogativas, e representa uma grave ameaça ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal, Criminalização da homofobia, Inconstitucionalidade. Separação de Poderes. Fragilização do Estado Democrático de Direito.

Abstract

The purpose of this article is to make an analysis of the decision of Supreme Federal Court (STF) on the direct Action of Unconstitutionality by Omission – ADO 26/DF and Mandate of Injunction – MI 4733, in which of, by a unconstitutional way, the Court equated the homofobia to the racism crime, to bringing lesion to the principles of Separation of Powers, Legality and of the legal reserve, because of the production of penal norm of incrimination. Here will be to introduced the argument which steady the juristic thesis and principles which give support the decision, as well as, the principles and constitutional norms that were transgress at the decision. Likewise, will be exposed the risks to the juridical order which the production of one penal type by Judicial Power representes to the constitutional State. At this work, the method used were the qualitative research in pursuit of theoretical reference in cientific articles, constitutional doctrines, at the constitutional norms and constitutional legal, likewise the jurisprudence. Were concluded that not is jurisdiction of the Judicial Power the criminalization of conduct, because are unconstitutional, and incongruous which their prerogative, and representes a serious threatening to the brazilian State Democratic of Law.

Keywords: Supreme federal court. Criminalization of homofobia. Unconstitutionality. Separation of powers. Fragility of the State Democratic of Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. A SEPARAÇÃO DE PODERES	9
2.1 Funções típicas e atípicas dos Poderes.....	11
2.2 O papel do Judiciário na Separação de Poderes.....	12
3. ATIVISMO JUDICIAL	13
3.1 Conceito.....	13
3.2 Histórico	16
3.3 O STF e o ativismo judicial	18
4. A HOMOFOBIA E TRANSFOBIA NO BRASIL	22
4.1 Conceito.....	22
4.2 A homofobia no Brasil.....	23
5. O JULGAMENTO DA AÇÃO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO STF: EFETIVAÇÃO DE DIREITOS OU OFENSA À DEMOCRACIA?	24
5.1. Os Princípios desenvolvidos e violados na decisão.....	25
5.2. Os riscos para a ordem jurídica e a conseqüente ameaça ao Estado Democrático de Direito.....	36
6. CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

1. INTRODUÇÃO

Este artigo científico tem por objetivo chamar atenção do leitor em relação às recentes decisões dos ministros da nossa Corte Suprema, visto que, na busca por dar resposta a justas reivindicações de determinados grupos, que tinham lacunas no ordenamento jurídico como obstáculos ao regular exercício de seus direitos, e de certa forma acabavam tendo direitos essenciais cerceados. No entanto, a grande problemática dessas decisões é que, na busca pela adequada prestação da tutela jurisdicional, alguns julgados acabaram passando por cima de princípios basilares do direito brasileiro, o que resulta em enorme insegurança jurídica, e inclusive abre precedentes para que em momento posterior os ministros julgadores venham a, inclusive, tomar decisões impopulares e que, por hipótese, até mesmo ataque e ofenda aqueles que hoje buscam trazer proteção, tendo em vista que não mais estariam completamente restritos às formalidades e limites previstos em nossa Carta Magna.

Todavia, antes de discorrer sobre a decisão de criminalização da homofobia e da transfobia como crime de racismo, que é o ponto central do presente artigo, é importante trazer destaque a ensinamentos que a doutrina e a jurisprudência vêm construindo acerca de matérias fundamentais que devem ser observadas, como a Separação de Poderes, percorrendo sobre as funções típicas e atípicas de cada um dos poderes, todavia, com enfoque ainda maior nos poderes legislativo e judiciário, por serem o objeto central desse estudo.

Após a construção teórica, será exposto no presente artigo a decisão propriamente dita, objeto deste estudo, tecendo as teses trazidas pelos julgadores e que motivaram a decisão, bem como, as razões pelas quais devemos observá-la com ressalvas e receios, visto que, a omissão legislativa sobre determinado assunto não pode ser usada como fundamento para a supressão de princípios fundamentais, que guiam e trazem segurança à sociedade brasileira como um todo, e têm por objetivo trazer proteção contra a violação de direitos fundamentais.

Cabe ressaltar que este trabalho não tem o propósito de desmerecer, minimizar ou desprestigiar, de forma alguma, o grave problema de violência e marginalização que aflige a comunidade LGBTI+, mesmo porque, diz respeito a uma

minoria que desde muito tempo sofre agressões aos seus direitos e liberdades individuais de escolha, e que, ainda hoje, enfrenta problemas por fruir de seu direito constitucional de liberdade sexual. Desta maneira, o que objetiva-se no presente, é demonstrar a violação de princípios constitucionais na decisão, como também apontar os riscos à ordem jurídica pela criação de precedente com esta natureza.

Ademais, cumpre recordar que a composição do Supremo Tribunal Federal está em constante alteração, com ministros que se aposentam ou se afastam de suas atividades, vindo em substituição novo sabatinado com seus princípios e convicções próprias, resultando em evolução de entendimentos sobre determinadas matérias, inclusive, no que se refere àquelas anteriormente tidas como consolidadas.

Deste modo, deve ser vista com extrema cautela a abertura de precedentes pelo STF para que, em seus julgados, acabe por legislar sobre matérias de extrema relevância e repercussão sobre toda a sociedade, sem que observe formalidades e princípios de suma importância e que são a base do ordenamento jurídico brasileiro.

Reitera-se a legitimidade das reivindicações trazidas na ADO/26 e no MI 4733, tendo em vista que buscam tão somente garantir o livre exercício de direitos fundamentais dos LGBTI+, isto é, prever penas mais severas àqueles que insistem em subjugar outrem em razão de sua opção sexual. No entanto, a criação de novo tipo penal é matéria de cunho extremamente importante, e que deve ser amplamente debatido e votado, não podendo ser livremente criado a qualquer momento, tampouco por pessoas que não foram legitimadas a isso.

Devendo ser observado que, embora no caso em tela a decisão seja favorável a determinado grupo de pessoas que vêm sendo vulneráveis a incontáveis ataques físicos e psíquicos, o que se busca conscientizar no presente texto, é o risco de se possibilitar que em momento futuro possa ser criado novo tipo penal que venha a oprimir pessoas e suprimir direitos à livre convicção dos julgadores que estejam compondo o STF naquele tempo.

2. A SEPARAÇÃO DE PODERES

A Separação de Poderes, é um princípio constitucional geral do Estado brasileiro, inscrito como um dos princípios constitucionais fundamentais, sendo um dos pilares da democracia, uma vez que, a divisão do poder (divisão da forma de como é exercido) em si já configura um obstáculo ao arbítrio. Consignado no art. 2º da Constituição Federal, este princípio afirma que os poderes da União - o Legislativo, o Executivo e o Judiciário - são independentes e harmônicos entre si; depreendendo-se que as funções do estado foram distribuídas por vários órgãos, como uma forma de equilibrar o governo.

Antes de adentrarmos à exposição do princípio, é importante advertir que o uso da expressão “separação de poderes” possui uma impropriedade técnica, visto que como “o poder é uno, indivisível e indelegável”¹ pois é um “atributo do Estado que emana do povo”², o poder não se separa, o que divide-se são os instrumentos empregados pelo Estado para exercer as suas funções, sendo estes, os órgãos. Logo, pela expressão “poderes”, deve-se compreender como órgãos do poder (uno), assim todas as ações do Estado derivam de um só poder.

Em qualquer sociedade em que haja despontado a compreensão das individualidades, tem por consequência a limitação do poder do Estado, justo a necessidade de prevenir o arbítrio. Este processo é realizado por meio da divisão dos poderes estatais, que conforme foi aprimorado ao longo do tempo, a divisão de poder têm sido um dos meios mais eficazes em resguardar as sociedades de arbitrariedades, como bem expressa Ferreira Filho.

A separação de poderes teve a sua origem inicialmente compreendida pelos gregos, que já na Idade Antiga sentiram a necessidade de impedir o abuso, limitando o poder. Posteriormente, foi definida por Aristóteles, estudada por John Locke, por fim, foi aprimorada por Montesquieu em sua obra “O espírito das leis”, ganhando maior notoriedade; assim, ficou da forma mais aproximada da Separação de Poderes que temos hoje, um exerce a função legislativa, o outro a administrativa, e o terceiro a jurisdicional, conforme alude Alexandre de Moraes.

¹ LENZA, Pedro, **Direito constitucional esquematizado**, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016, pág. 636.

² LENZA, Pedro, *loc. cit.*

Expressa Agra, que a teoria da separação dos poderes formulada por Montesquieu nasce da mesma proposição que Aristóteles, na concepção de três poderes, e a sua importância se deve ao fato de ter sido o precursor de tal conceito. Esta organização de poderes tornou-se um princípio fundamental da organização política liberal, transformando-se em dogma pelo art. 6º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e por sua efetividade chegou até as sociedades da atualidade.

A independência dos órgãos do poder significa dizer que, um não necessita da anuência ou validação do outro para que possa exercer as suas atividades, pois é detentor de autonomia, isto é, liberdade para operar e organizar seus serviços, desde que, evidentemente, observem tudo o que determina as normas constitucionais e legais; não significando que eles operem de forma isolada, pois o art. 2º da CF/88 também diz que são harmônicos entre si, isto é devem operar com concordância uns dos outros. O os órgãos do poder não foram desmembrados para lutarem entre si, mas sim para serem concordes na gerência de suas respectivas funções.

A divisão do poder, pela distinção das três funções do estado, constitui-se no desmembramento do poder político do Estado, em órgãos diferenciados pela função que exercem, de forma independente e harmônica, uma vez que, agindo um será fiscalizado pelos demais, a fim de verificar o cumprimento das normas constitucionais e legais, caracterizando um mecanismo de controle recíproco, o então sistema de freios e contra pesos. Este preceito é um dos principais pilares da democracia, em razão de não permitir, ou dificultar deveras, a ocorrência de arbitrariedades, preservando a liberdade do indivíduo e por consequência a estabilidade da democracia.

Como expõe Afonso da Silva, para que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário desenvolvam seu funcionamento de maneira acertada, se faz necessário que estes se submetam ao princípio da harmonia, que se traduz na cooperação e vigilância de todos para com todos, sem que haja usurpação da competência de um em prejuízo do outro, assim dizendo, a não invasão ou cometimento de algum abuso ou interferência entre eles, “A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescentam atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro.”³.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, pág. 113.

Portanto, este modelo de divisão e repartição do poder é característica de um “princípio fundamental da organização política liberal”⁴, que tem por objetivo evitar o autoritarismo e assegurar o regular exercício das liberdades individuais, configurando a natureza de um governo moderado. Desta maneira, essa limitação do poder pela repartição, tem por base a afirmação de “que todo aquele que é investido no poder tende a dele abusar até que encontre limites”⁵, logo, a única maneira de limitar um poder é por meio de outro poder, como cita Novelino.

2.1 Funções típicas e atípicas dos Poderes.

O poder político do Estado separado de forma rígida, pela função que exerce, como inicialmente apresentou Montesquieu, não mais encontra-se empregado desta maneira, dado que as exigências das sociedades modernas não mais comportam esta forma de divisão, por conseguinte, a teoria é usada de maneira mais flexível comportando uma permeabilidade recíproca entre os poderes, no exercer de algumas funções e em limitadas situações, moldando o princípio à atualidade, flexibilizando, assim, a teoria que ordenava a separação rígida dos poderes.

A separação das funções do estado não é absoluta, pois cada órgão, em algum momento, exerce a função de outro órgão, obviamente, com a permissão constitucional. Assim, temos o Senado, que sendo parte do legislativo, pode vir a exercer a função jurisdicional, ao julgar o Presidente da República; ou o Presidente da República, que sendo o executivo, frequentemente exerce a função legislativa, criando as medidas provisórias, ou as leis delegadas; e ainda, o judiciário que, tendo a função jurisdicional, ora exerce a função executiva, ao gerenciar a sua administração, mas cada um o faz, sem usurpar a competência do outro.

Esclarecendo o que foi expresso no parágrafo anterior, cada órgão exerce uma função primordialmente sua, operando “dentro de sua parcela de competência constitucionalmente estabelecida”⁶, isto é, a sua função típica; assim como, exerce também, a função de outros poderes, porém em medida e circunstância, que são suas, da mesma maneira, por atribuição expressa da Constituição Federal, ou seja, a função

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Curso de direito constitucional**. 38ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, pág.116.

⁵ NOVELINO, Marcelo, **Curso de direito constitucional**. 11ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pág. 248.

⁶ LENZA, Pedro, **Direito constitucional esquematizado**, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016, pág. 637.

atípica do órgão. É esta sistemática de desempenho de funções dos órgãos que se denomina de freios e contrapesos (*checks and balances*).

A nossa constituição teve o cuidado de delinear de forma precisa os elos entre os poderes, criando também, além das funções típicas de cada poder, intrínsecas à sua natureza, as funções atípicas, para vigilância dos outros poderes, e para, ao mesmo tempo, fortalecer a sua independência perante os outros. Por conseguinte, pode-se notar que a separação das funções do poder não acontece de forma absoluta, opera-se desta forma, para a manutenção do próprio equilíbrio entre eles.

2.2 O papel do Judiciário na Separação de Poderes

O poder judiciário é o terceiro órgão na separação de poderes, e tem a atribuição de, predominantemente, exercer a função jurisdicional do poder do estado, de forma independente, para tanto, é dotado de garantias “Instituídas com a finalidade de assegurar independência e imparcialidade do Poder Judiciário”⁷ as quais permitem a ele atuar com liberdade, assim dizendo, sem interferências de outros poderes nas suas decisões, para compreender melhor, Lenza explica:

As garantias atribuídas ao Judiciário assumem importantíssimo papel no cenário da tripartição de Poderes, assegurando a independência desse órgão, que poderá decidir livremente, sem se abalar com qualquer tipo de pressão que venha dos outros Poderes⁸

Essas garantias, segundo José Afonso da Silva, são divididas em institucionais- protegendo o judiciário como instituição, e funcionais ou de órgãos, garantindo a independência e imparcialidade de seus membros.

O exercício da jurisdição consiste em aplicar o direito às situações jurídicas, com o objetivo de solucionar os conflitos com justiça, melhor dizendo, “A *função jurisdicional* tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse.”⁹. O desempenho desta função se dá, sempre, mediante a provocação do judiciário pelo sujeito que traz o conflito à justiça, por meio do devido

⁷ NOVELINO, Marcelo, **Curso de direito constitucional**. 11ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pág. 665.

⁸ LENZA, Pedro op. cit., pág. 909.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, pág. 110.

processo legal. Ao exercer esta função, “o Estado substitui as partes em conflito para dizer quem tem o direito”¹⁰ objetivando a solução do conflito de interesses.

Dessa maneira, o exercício da jurisdição, pelos juízes e tribunais, consiste em, fazer juízo de valor, conforme a norma nos casos concretos, e ao final do processo, proferir uma decisão em sentença ou acórdão que, se não impugnada em prazo devido, tornar-se-á definitiva, significando que, transitará em julgado, não podendo mais ser alterada, sendo esta a característica de definitividade das decisões jurisdicionais, conferindo a elas a célebre segurança jurídica.

3. ATIVISMO JUDICIAL

3.1 Conceito

Tem-se como ativismo judicial, o exercício de um papel criativo dos julgadores, que ao analisarem as singularidades de casos concretos, compelidos por anseios pessoais e de sua sociedade, trazem inovações jurídicas, isto é, exercendo o seu papel de intérprete das leis e normas positivadas. Sendo que, ao se tratar do Supremo Tribunal Federal, essas interpretações ocorrem no âmbito constitucional e geram precedentes, ou seja, abrem espaço para que, aquela aplicação específica seja utilizada em judicializações posteriores, o que é chamado de precedente.

Nas palavras de Clarissa Tassinari, o ativismo judicial é como “um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e seu alcance”¹¹ ou como uma postura que “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do direito”¹².

Sendo assim, o ativismo judicial é a atuação dos julgadores, interpretando o texto constitucional, de acordo com as suas convicções e valores, sem preocupar-se com a real intenção do legislador originário. Ou seja, o poder judiciário, por seus próprios meios, traz inovações jurídicas a partir de uma interpretação extensiva, contudo, sem modificar a letra da lei propriamente dita.

¹⁰ NOVELINO, Marcelo, Curso de direito constitucional. 11ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pág. 664.

¹¹ TASSINARI, Clarissa, **Ativismo Judicial, Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**, pág. 22. Out. 2012. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ClarissaTassinari.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2020.

¹² TASSINARI, Clarissa. loc. cit.

Ademais, para Luís Roberto Barroso, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (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.

Todavia, é de suma importância os tribunais se atentarem para conter o excesso, isto é, não utilizarem-se de qualquer lacuna deixada pelo legislador para imprimir novas interpretações a casos postos, utilizando-se de analogias, mesmo que com um fundo de realizar justiça social, de modo a não extrapolar os limites da Separação de Poderes e não invadir a competência precípua do Poder Legislativo.

Sobre o tema, importa trazer amplo destaque às palavras de Lênio Luiz Streck:

Numa palavra, todas as leis devem guardar conformidade com a Constituição. Nessa conformidade, sempre há um grau de liberdade de conformação. Entretanto, o legislador deve justificar os seus atos, não elaborando “leis de conveniência”, tampouco leis que proporcionem retrocesso social ou produzam um resultado não querido pelo legislador constituinte. É especialmente nesse espaço de controle que se insere a exigência de prognose. Com isso, é possível também levar para o âmbito do Legislativo (legislação) a exigência de coerência e integridade, já de há muito exigida na jurisdição. Essa exigência de prognose, obviamente, estará sempre ligada aos princípios da proibição de excesso e proibição de insuficiência, assim como a outros princípios e preceitos que conformam o ordenamento constitucional. Não será, simplesmente, de forma isolada que se poderá utilizar do argumento da “ausência de prognose”, circunstância que proporcionaria um elevado grau de insegurança jurídica e aumentaria o risco do ativismo judicial.¹³

Por outro lado, não podemos suprimir o importante papel que o Judiciário exerce ao realizar a função contramajoritária. Isto é, quando por meio de suas decisões em casos isolados, resguarda direitos fundamentais a minorias, sendo que, esse grupo por ter menor representatividade na edição de leis e decretos, não teria

¹³ STRECK, Lenio Luiz, **Jurisdição constitucional**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018. pág. 372.

seus projetos aprovados, como por exemplo, no caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo, que dificilmente passaria pelo crivo dos deputados e senadores, pois em sua maioria foram eleitos por conservadores e cidadão com anseios diversos.

No mais, as sociedades modernas não poderiam ficar adstritos a conceitos sociais oriundos do ano de 1988, tendo em vista que, evidentemente, a sociedade como um todo está em constante transformação e evolução. Sendo resultado desta evolução histórica, a inovação também de premissas e normas no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a satisfazer sempre os anseios da sociedade contemporânea.

Importa destacar ainda que, uma das funções é justamente frear os anseios da denominada “maioria democrática”, por várias razões. Não deixando de mencionar que, a história demonstra que nem sempre a maioria trilha caminhos que visam ao bem comum. Como por exemplo, o governo nazista alemão, que contava com amplo apoio popular. Deste modo, não há como garantir que a maioria trilhará o melhor caminho para a sociedade como um todo, se atentando não apenas aos seus desejos e expectativas, mas também daqueles que possuem valores e sentimentos diversos dos seus.

Em suma, por meio da função contramajoritária, os direitos fundamentais servem justamente para conter a maioria. E essa contenção ocorre quando a Carta Magna estabelece meios para se evitar a imposição da “vontade majoritária” a qualquer custo. Sendo assim, é característica dos direitos fundamentais o fato de conformarem a atuação do legislador ordinário, sendo este um fenômeno denominado de “paradoxo da democracia”, que, nas palavras de Robert Alexy, “se refere ao antigo problema da abolição democrática da democracia”¹⁴.

Todavia, não se pode esquecer que os julgadores ao se debruçarem sobre o tema posto, analisando as anuências do caso concreto em julgamento naquela oportunidade, atribuem pesos aos princípios conflitantes, ou seja, julgando a partir de uma subjetividade, sob a ótica arraigada de valores morais e sociais que ele dispõe naquele momento.

¹⁴ VINCI, Luciana Vieira Dallaqua, VINCI JÚNIOR, Wilson José. **A função contramajoritária dos direitos fundamentais**. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-abr-27/mp-debate-funcao-contramajoritaria-direitos-fundamentais#_ftn3. Acesso em: 21 nov. 2020. apud ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo:Malheiros, 2011, p. 447.

Assim, ao longo do tempo a atribuição de julgamento vai sendo transferida a outros julgadores, cada um carregado de valores éticos e morais distintos, que analisarão cada demanda a eles levada sob óticas distintas.

Sendo este o ponto do ativismo judicial que deve ser olhado com temor, não só pelos operadores do direito, mas por toda a sociedade. Este movimento causa grande insegurança jurídica e abre espaço para que futuramente sejam tomadas decisões com força vinculante, que estejam em desacordo com aquilo que a sociedade almeja, justificada tão apenas em decisões de pessoas não eleitas democraticamente pelo povo e sem o condão representativo que é propriamente conferido ao poder legislativo.

3.2 Histórico

Para o professor Luís Roberto Barroso, o Ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica — até porque pode ser progressista ou conservadora — a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.¹⁵

Sendo assim, buscando efetividade aos direitos positivados, que seriam de obrigação do Estado, nasce a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para garantir o cumprimento de direitos previstos constitucionalmente.

Deste modo, diante da não aplicação dos dispositivos garantidores de direitos individuais e coletivos, essenciais ao ser humano, inseridos em nossa Lei máxima pelo constituinte originário, o judiciário é constantemente acionado a fim de

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto, **No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não**. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?pagina=2>>. Acesso em: 11 out. 2020.

que assegure, por ordem judicial, a implementação de direitos que deveriam, ser concretizados de forma universal pelos demais poderes.

Por esta, a jurisprudência vem se debruçando sob diversos temas, buscando exercer a função contramajoritária, mas por vezes acaba na realidade exercendo ativismo judicial, isto é, quando ocorre uma intervenção de um poder no outro, neste caso, o Poder Judiciário “legislando” e “executando” medidas a fim de que possa garantir o gozo de direitos no caso concreto, quando provocado a fazê-lo.

Ao longo dos tempos, o Poder Judiciário vem passando por transformações no perfil de sua atuação. Neste sentido, a promulgação do texto constitucional de 1988 simbolizou um momento de uma radical modificação na forma como era concebido o exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Em resumo, é possível afirmar que, a partir disso, duas principais expressões passaram a estar diretamente vinculadas à atividade jurisdicional: ativismo judicial e judicialização política.¹⁶

Não obstante, é importante mencionar ainda as palavras de Lênio Streck ao discorrer sobre o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI):

Não é com dificuldade que no Brasil basta que uma ideia política cuja reivindicação seja agradável, dúctil e que todos possam facilmente se colocar a seu favor para que se torne uma tese jurídica a ser defendida implacavelmente como objeto de ação constitucional. Assim surgiu o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) para julgamento no Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF 347, intensificando ainda mais a penetração ativista no Direito brasileiro. Aliás, o próprio título da tese, por uma capacidade de poder abarcar ‘qualquer coisa’ dentro dela, já pode ser questionado. Se a Constituição não é uma carta de intenções, o Brasil é um país inconstitucional, na tese de quem defende a possibilidade de se adotar a tese do ECI. É só confrontar os dispositivos primordiais da Constituição, em seu artigo 3º, com a realidade social. [...]”. Aliás, o ECI com o tempo será um enunciado performático. A simples evocação será motivo para que se reconheça qualquer tipo de demanda por inconstitucionalidade ao Judiciário. Assim é possível perguntar: como demonstrei que todos os tribunais estaduais em maior ou menor grau usam a tese da inversão do ônus da prova em matéria criminal, isso não seria um ECI? E a rejeição da insignificância por parte de tribunais e em parte pelo próprio STF e em parte pelo STJ também não é inconstitucional? Podemos imputar a esse “estado de coisas” o adjetivo de “inconstitucional”?¹⁷

Ou seja, com a constante evolução do ordenamento jurídico brasileiro, emergindo o conceito do Estado de Coisas Inconstitucional, que vai abrir vários leques

¹⁶ TASSINARI, Clarissa, **Ativismo Judicial, Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**, pág. 18. Out. 2012. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ClarissaTassinari.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz, **Jurisdição constitucional**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018. pág. 500.

para que qualquer assunto seja diretamente relacionado a disposições e princípios constitucionais, somado com o fenômeno do ativismo judicial, o resultado pode ser desastroso, tendo em vista que o poder judiciário terá suas atribuições e competências expandidas de uma forma incalculável, podendo vir a inclusive “colocar em xeque” a democracia, se assim desejarem os julgadores.

Neste sentido, Barroso¹⁸ alerta que constitucionalizar uma matéria significa retirá-la da política cotidiana, do debate legislativo. Isso dificulta o governo da maioria, que não pode manifestar-se através do processo legislativo ordinário – que exige maioria simples ou, no máximo, absoluta –, precisando alcançar, com frequência, o quórum qualificado das emendas constitucionais. Como a Constituição brasileira já padece do excesso de constitucionalização, na primeira acepção, não se deve alargar além do limite razoável a constitucionalização por via interpretativa, sob pena de se embaraçar, pelo excesso de rigidez, o governo da maioria, componente importante do Estado democrático.

Por todo o exposto, é imperativo concluir que o poder judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, exerce papel de suma importância ao efetivar direitos fundamentais ao cidadão, os quais não haveriam qualquer expectativa de prestação, caso não restasse outro caminho senão a espera para que as casas do poder legislativo saísse de sua inércia, respeitando, ainda, o complexo e muitas vezes longo, processo legislativo até a vigência de lei.

Todavia, o exercício desta função não pode ser realizada sem que sejam observados rígidos limites, dentre os quais o respeito a princípios basilares do direito, como por exemplo o Princípio da Legalidade no Direito Penal *nullum crimen nulla poena sine lege*, isto é, não haver crime sem lei que previamente o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

3.3 O STF e o ativismo judicial

No Brasil vem sendo aplicado um ativismo judicial, cujo objeto é a inserção de direitos inovadores, isto é, a partir de princípios constitucionais ou de lacunas existentes no ordenamento jurídico para determinadas matérias, visto que a sociedade como um todo está em constante evolução e inerente a isso inovações em

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. pág. 279.

crenças e convicções pessoais, além de novos objetos de estudo e novas formas de enxergar o universo ao nosso redor.

Um exemplo disso é o julgamento do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.999 e 4.086, popularmente conhecidas como os julgamentos da infidelidade partidária. Neste julgado, os ministros criaram uma nova hipótese de perda de mandato, tendo como base o princípio democrático. Isto é, criaram uma inovação jurídica, sem observar a forma e os limites previstos no ordenamento jurídico brasileiro, para a criação de nova hipótese de perda do mandato, sendo essa inclusive matéria constitucional, deste modo, para sua criação deveria ser objeto de Emenda Constitucional, a fim de integrar as hipóteses previstas no artigo 55 da Constituição Federal, por exemplo.

Outro caso de ativismo judicial famoso, foi o julgamento da 11ª Súmula Vinculante do STF, resultado do julgamento do Habeas Corpus 91.952, oportunidade em que restou consolidado o entendimento jurisprudencial no sentido de que somente será lícito o uso de algemas em hipóteses excepcionais e desde que por escrito, sob pena de enquadramento na forma do abuso de autoridade, caso não observada a forma prescrita e restar provado constrangimento físico e moral do preso. Ou seja, além de exigir a forma escrita, sem que haja anterior previsão legal, inovou também em nova hipótese de enquadramento na lei de abuso de autoridade, sem que para isso modifique o texto da lei, pois não tem competência para isso. Sendo assim, reconhecendo a sua incompetência para dispor sobre o tema, alterando a letra da lei, o STF utiliza do mecanismo de interpretar extensivamente, isto é, para além do que está previsto no ordenamento jurídico brasileiro pelo legislador.

Não restam dúvidas de que, em ambos os casos supracitados o STF trouxe uma inovação, vez que enquanto no primeiro exemplo trouxe hipótese ainda não prevista de perda do mandato, no segundo trouxe como revolução a regra de que o uso de algemas deve ser precedido por determinação escrita, regra esta não disposta em nenhum dos dispositivos incumbidos de tratar do uso de algemas.

Em se tratando de ativismo judicial, recentemente vêm ocorrendo inúmeros julgados que têm se destacado na sociedade como um todo, dentre eles a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) número 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que tiveram como resultado o reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo, um anseio antigo e fundamental daqueles casais que não eram abrangidos pelas normas tradicionais, já ultrapassadas, postas.

O relator das ações, ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, sob o argumento que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”¹⁹, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.²⁰

Por fim, importa trazer destaque ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, ações protocoladas pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pela Associação Brasileiras de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), que por 10 votos a 1, restou reconhecida pelo Supremo a mora do Congresso em legislar sobre a homofobia e a transfobia. E por 8 votos a 3, o colegiado entendeu que a homofobia e a transfobia enquadram-se no artigo 20 da Lei 7.716/1989, que criminaliza o racismo. Ainda nesse mesmo julgado, o STF fixou o entendimento de que a repressão penal à prática da homofobia "não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa", desde que as manifestações não configurem discurso de ódio.

Essa inovadora decisão foi impulsionada pela inquestionável vulnerabilidade a que essas minorias LGBTI+ vêm sendo expostas, dentre discursos de ódio, incitações a violência, destrato e preconceito em suas atividades cotidianas e até em casos extremos de violência física, privando assim, as pessoas que se

¹⁹ Supremo reconhece união homoafetiva. **Notícias STF**, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/VerNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 09 de nov. de 2020.

²⁰ Idem.

identificam em gênero diverso da maioria, de exercerem seu livre arbítrio e até mesmo reprimindo outras pessoas, que por suas convicções íntimas se privam de exercer sua vida plena.²¹

Todavia, embora tratar-se de matéria de suma importância para a sociedade contemporânea, em que o Congresso se manteve inerte, devemos nos atentar para não violar princípios basilares do Direito, dentre eles o disposto, tanto no artigo primeiro do Código Penal, quanto no inciso XXXIX, do artigo 5º da Constituição Federal, que preconizam: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Em síntese, é indispensável a existência de lei para que seja viável a punição penal de determinada conduta, ademais, é de suma importância citar as palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto nesse julgamento “A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma garantia fundamental dos cidadãos que promove a segurança jurídica de todos”.²²

E ainda, conforme destacou o ministro Marco Aurélio em seu voto, a Lei do Racismo não pode ser ampliada em razão da taxatividade dos delitos expressamente nela previstos. Sendo assim, seria extremamente temerário e equivocado ampliar um rol taxativo já existente, ao invés de criar outro específico para aquela conduta. Não podendo omitir ainda que esta decisão afronta diretamente a Separação de Poderes, vez que nesse ato o STF inequivocamente invadiu a competência precípua do poder Legislativo de editar leis.²³

Ademais, deve ser levado em consideração ainda os grandes riscos dessa abertura de precedentes, pois viabiliza que futuramente o Supremo Tribunal Federal venha novamente a tipificar como crime à livre convicção dos julgadores que comporem aquele colegiado, não necessariamente atendendo os anseios da

²¹ COELHO, Gabriela. Supremo aprova equiparação de homofobia a crime de racismo. **Consultor Jurídico-Conjur**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-13/stf-reconhece-criminalizacao-homofobia-lei-racismo>>. Acesso em: 11 de nov. de 2020.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor do Acórdão. **Mandado de Injunção 4.733 Distrito Federal**. Brasília, 2019. p. 235. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

²³ Ibidem, p. 275-276.

sociedade brasileira, podendo inclusive colocar em risco até mesmo aqueles que hoje objetivam proteger.

4. A HOMOFOBIA E TRANSFOBIA NO BRASIL

4.1 Conceito

A homofobia é a repulsa ou o preconceito à homossexualidade ou àquele indivíduo que se identifica como homossexual. Todavia, para o dicionário, a palavra fobia significa medo, portanto a homofobia seria o medo patológico em relação à homossexualidade e aos homossexuais, a quem se sente sexual e afetivamente atraído por pessoas do mesmo sexo.

Portanto, homofóbico é aquele que a partir de seus preconceitos subjuga outra pessoa, no caso um homossexual, colocando-a em condição de inferioridade, ou anormalidade, como se simplesmente a sua opção sexual interferisse em sua dignidade ou até mesmo em seu caráter, partindo de uma premissa completamente equivocada de uma hierarquização das sexualidades.

E esse pensamento completamente atrasado de que aquelas pessoas que se sentem atraídas por diversos daquilo historicamente tido como tradicional são estranhas à sociedade, além de dever ser sistematicamente repellido, ainda é criminalizado. Sendo assim, aquele que agir de forma a diminuir ou discriminar determinada pessoa em razão de sua opção sexual, poderá ser enquadrado em crime na forma da lei penal.

Ademais, deve ser reconhecido o esforço que os grupos LGBTI+ têm empenhado na luta para ter seus direitos básicos fundamentais garantidos, dentre eles a simples liberdade de expressar-se como bem identificam-se em seu foro mais íntimo, sem ter que submeter-se aos padrões colocados pela sociedade, ou até mesmo o simples direito de não ser agredido verbalmente, psicologicamente ou até fisicamente por aqueles intolerantes e incapazes de respeitar os anseios e convicções alheios.

Importa destacar ainda que, também será terminantemente reprimido pela seara penal os discursos odiosos contra homossexuais e transexuais, isto é, aqueles que vierem a proferir expressões que visem denegrir especificamente uma pessoa ou

um grupo de pessoas tendo como referência a sua opção sexual, não sendo admitida invocar como tese de defesa o direito, também fundamental, da liberdade religiosa.

4.2 A homofobia no Brasil

O termo homofobia teria surgido nos Estados Unidos em meados dos anos 70 e, a partir dos anos 90, teria sido difundido ao redor do mundo. No decorrer da história, inúmeras denominações foram usadas para identificar a homossexualidade, refletindo o caráter preconceituoso das sociedades que cunharam determinados termos, como: pecado mortal, perversão sexual, aberração.

E com o passar dos anos, embora a sociedade como um todo venha em constante evolução de ideais e valores, pessoas que não mais se identificavam com o “padrão hétero”, tido como o correto para os conservadores, mais pessoas têm conseguido ter voz ativa e buscar que seus anseios sejam ouvidos, bem como que tenha seus direitos básicos fundamentais respeitados.²⁴

Em contramão a esse movimento de liberdade individual no que se refere às convicções de cunho sexual, ainda é nítida a quantidade de pessoas intolerantes e que se acham no direito de menosprezar e agredir, das mais diversas formas, as pessoas que se sentem atraídas não pelo sexo oposto, veem essas como um inimigo, um adversário e não como um ser humano com vontades, anseios e convicções, tão humano e igual a todos os outros e que portanto, deve da mesma forma ser respeitado.

Um dos direitos básicos até então violados, mas que passou a ser resguardado em 2011, foi o direito às Uniões Civis para casais do mesmo sexo, após decisão inovadora do STF, isto é, os casais de mesmo sexo, somente após essa decisão em 2011, finalmente puderam ter reconhecida a sua união com a pessoa por quem ele deseja, sem ter que observar o padrão da maioria, já ultrapassado pela sociedade contemporânea.

Outra conquista dessa minoria foi a outra decisão inovadora do STF ao reconhecer a fragilidade e tornar mais severa agressões homofóbicas e transfóbicas, equiparando essas condutas ao crime de racismo, com vistas a trazer um resposta a esses cidadãos que vêm sendo vítimas dos mais variados tipos de agressão, visto

²⁴ FERRARI, Juliana Spinelli. "O que é homofobia?"; *Brasil Escola*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/psicologia/homofobia.htm>>. Acesso em 12 de nov. de 2020.

que, o Brasil é um país com altos índice de violência motivada por intolerância às diferenças de opções sexuais.

Um exemplo dessa luta enfrentada por homossexuais e transexuais são os diversos movimentos sociais criados por essa parcela de cidadãos, como por exemplo a “Parada Gay”, que têm por objetivo denunciar violências contra esse grupo, bem como ainda revelar e alertar a população a existência das violações dos Direitos Humanos. Outro importante papel desses movimentos LGBTI+, é encorajar a jovens que têm reprimido os seus reais desejos e expectativas, por medo de serem marginalizados pela maioria da população e até mesmo agredidos por intolerantes.

Em síntese, a comunidade LGBTI+ (gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, intersexuais, mais outros), vem crescendo mais e mais a cada ano, lutando por reivindicações legítimas de reconhecimento da sociedade e a criação de legislação de Políticas Públicas, a fim de oferecer a cidadania plena para todos os cidadãos, independentemente de sua opção sexual. Apenas para que possam exercer suas atividades cotidianas regularmente, sem distinções das majorias e sem que sejam expostos a risco.

5. O JULGAMENTO DA AÇÃO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO STF: EFETIVAÇÃO DE DIREITOS OU OFENSA À DEMOCRACIA?

O desfecho decisório do julgamento da Ação de criminalização da homotransfobia- Mandado de Injunção - MI 4733/DF e ADO 26/DF está permeada de controvérsias, dado que, por um lado existe uma atuação de proteção a direitos fundamentais, pela suposta obediência incontestada à ordem emanada da Constituição da República ao mesmo tempo em que, por outra perspectiva, há um descumprimento incongruente de normas principiológicas, também emanadas da Carta Maior, sustentadoras da estrutura democrática do Estado de Direito brasileiro, produzindo assim uma surpreendente situação de singularidade jurídica.

O Supremo Tribunal Federal em teórica obediência indubitável a ordem constitucional de criminalizar, segundo a decisão do eminente relator Celso de Mello, dentre outras condutas, reconheceu o estado de mora inconstitucional do poder Legislativo na edição de norma incriminadora específica de proteção a comunidade

LGBTI+, e deu interpretação conforme à Constituição dos mandados constitucionais criminalizadores contidos no art. 5º XLI e XLII, da CF/88, enquadrando a homotransfobia como crime de racismo pela extensão do significado de racismo, tornando assim todas as condutas penais descritas na Lei nº 7.716/89, igualmente aplicáveis nos crimes contra as pessoas pertencentes a esta comunidade.

De acordo com a decisão do relator, o STF encontrou-se em uma situação de obrigação jurídica indeclinável de criminalizar a homotransfobia, pois segundo o princípio da Proibição da Proteção Insuficiente, seria inconstitucional a permanência da situação jurídica de não proteção adequada contra as violências, discriminações, preconceitos e abusos cometidos contra os homossexuais e transgêneros; que decidindo de forma criminalizadora estaria restaurando a autoridade da Constituição, ao sanar uma inconstitucionalidade, causada pela inércia do Congresso na edição de lei penal específica, e também, que a decisão teria o cunho de resguardar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, do qual decorre diretamente o princípio da autodeterminação sexual.

5.1. Os Princípios desenvolvidos e violados na decisão

O que se buscou na interposição da ADO/26 e MI 4733, além de outros pedidos, foi o reconhecimento da existência de uma situação de omissão inconstitucional por parte do Poder Legislativo, e com isso, que fosse determinado a cientificação do Congresso Nacional, para adotar as medidas necessárias no sentido de sanar a mora inconstitucional, cumprindo a ordem da Carta Magna de concretizar as normas transgredidas, com o estabelecimento de prazo compreensível para a concretização do ato, e, subsidiariamente, que o STF colmatasse a lacuna legislativa existente, concedendo interpretação conforme a lei de racismo (Lei nº 7.716/89), para harmonizar a situação de lacuna legislativa com a ordenança constitucional punitiva desta matéria, fazendo-se compreender incluídos na definição de racismo os atos praticados contra os integrantes da comunidade LGBTI+, veja-se:

- (a) seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constata do art. 5º, inc. XLII, da CF/88, já que elas inferiorizam pessoas LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras ou, subsidiariamente, reconhecê-las como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar constante do art. 5º, inc. XLI, da CF/88;
- (b) seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e transfobia;
- (c)

cumulativamente, seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima; (d) caso transcorra o prazo fixado pela Suprema Corte, seja efetivamente tipificada a homofobia e a transfobia como crime específico e fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia.²⁵

O pedido de fixação de prazo razoável para a realização de atividade legislativa não foi acolhido, visto que, segundo a decisão, fixar prazo para o Congresso Nacional legislar não é eficaz. Assim passou-se à construção argumentativa para o acolhimento dos outros pedidos, no entanto, atender a um pleito com característica inconstitucional, como este, não poderia ter sido realizado pelo Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito como o nosso, firmado em preceitos constitucionais que impedem a realização harmônica do ato de criminalização que não seja pelo meio estritamente formal, e pela via legislativa exclusiva.

A decisão é fundada na inconstitucionalidade por omissão do Congresso, no princípio da Proibição da Proteção Insuficiente, no Princípio da Igualdade, e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e na necessidade imediata de proteção da comunidade LGBTI+ por legislação específica, entretanto nem todas as invocações principiológicas, legais, e interpretativas desta decisão estão legitimadas pela ordem da Constituição; Pois que, em outra perspectiva, existem outros fundamentos da mesma Carta Política que são inevitavelmente violados para alcançar o fim. São estes fundamentos o princípio da Separação dos Poderes, o princípio da Legalidade e reserva legal.

A decisão é sustentada pela tese de haver uma ordem constitucional determinante de penalização criminal dos atos de discriminação, que atentam contra os direitos e liberdades fundamentais dos homossexuais e transgêneros, e também da prática do racismo, contudo o Poder Legislativo não cumpriu esta ordem, encontrando-se em mora legislativa inconstitucional, porquanto tal omissão impede o livre exercício de direitos fundamentais dos LGBTI+, devendo, então, o STF agir pela

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal. Inteiro Teor do Acórdão. Autos eletrônicos. Peça 156. Dje: 13/06/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em 17 nov. 2020. pág. 226-227.

proteção daqueles que sofrem com a violência, preconceito, discriminação e abuso na presente realidade social, pelo meio que dispõe, sendo o da significação.

Em outros termos, há na decisão, a afirmação da possibilidade de criminalização da homotransfobia pelo STF, pela obediência incontestável ao comando criminalizador da Lei Maior, em conjunto com a mora legislativa em editar lei específica criminal em proteção as pessoas pertencentes a esta comunidade, e ainda diante da situação social de necessidade urgente de proteção específica da comunidade LGBTI+ pelo que tem sofrido, e também, dessa forma, possibilitar o pleno exercício do direito da dignidade da pessoa humana e do direito à autodeterminação sexual.

Reconhece o STF que ao proferir esta decisão, no sentido de criminalizar as condutas homotransfóbicas, está dentro de seus estritos limites constitucionais de agir, não sendo uma indevida interferência do Supremo na organização e separação dos poderes, mas uma concretização do mandamento constitucional pela interpretação, pois o fim é cumprir a ordem constitucional de proteger, penalmente, de forma adequada e eficaz aqueles que sofrem com a violência, preconceito, discriminação e abuso, cumprindo o dever constitucional de Proibição da Proteção Insuficiente.

Na decisão, há também, como um dos suportes legitimadores da decisão, segundo o relator, os princípios da dignidade da pessoa humana e em decorrência dele o da busca da felicidade. O voto consente que o judiciário está apto a agir, no caso em epígrafe, quando da omissão de outro poder se mostrou, teoricamente, um grave impedimento ao gozo de um direito fundamental, sendo a legitimação de direitos fundamentais uma maneira de reforçar o Estado Democrático de Direito, e que o reconhecimento desses direitos torna possível o acolhimento do pedido de criminalização, sendo considerada a decisão um “fator essencial à preservação e consolidação de uma sociedade política aberta e plural.”²⁶

Considera o relator que a interpretação conforme é benéfica a democracia, por efetivar a proteção consignada na Constituição em seu art. 5º inciso XLI e XLII, e, também, dos princípios constitucionais supramencionados, à comunidade LGBTI+.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal. Inteiro Teor do Acórdão. Autos eletrônicos. Peça 156. Dje: 13/06/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em 17 nov. 2020. pág. 141.

através da ampliação da abrangência do conceito de racismo, já que é dever do poder judiciário tornar efetiva a proteção do grupo vulnerável em voga, pelo preciso cumprimento da determinação constitucional de criminalizar existente no artigo supracitado. Segundo o relator, esta decisão efetiva o direito de liberdade e dignidade das pessoas transgêneros e homossexuais.

O princípio da igualdade e da proibição da proteção insuficiente são invocados na fundamentação da decisão, uma vez que, consoante o voto, as pessoas pertencentes à comunidade LGBTI+ estão excluídas do sistema de proteção do Direito por não terem uma legislação específica que os proteja adequadamente, como tem a população afrodescendente, e que o adequado, no caso, seria uma legislação criminalizadora específica combatente aos crimes enfrentados por esta comunidade, e, em razão de ainda não haver sido promulgada lei nesse sentido pelo Poder Legislativo, é cabível a efetivação desta proteção pela ampliação interpretativa da palavra racismo para além de seu sentido puro, amparada pela necessidade de proteção deste grupo social.

Também são fundamentos da decisão, a alegação de que o exercício hermenêutico não se confunde com a *analogia in malam partem* pois o processo de criminalização não é feito por analogia de forma direta, mas é resultado de uma construção interpretativa de dispositivos em conjunto, gerando a conclusão criminalizante. São interpretados em conjunto o mandado constitucional de criminalizar, em seu art. 5º inciso XLI e XLII, da CF, a lei penal contra o racismo já existente (Lei nº 7.716/89), em conjunto com a interpretação principiológica da Carta da Magna; Segundo a decisão, essa técnica não ignora a vedação de tal analogia, visto que não houve a criação de um tipo penal, mas somente uma extensão interpretativa de um termo da lei, ordenada pela obrigação de manter a soberania do mandamento constitucional de criminalizar.

A ação da Suprema Corte para amparar presumida inércia Legislativa atentatória às liberdades fundamentais, se traduziu em ampliar o significado de racismo, por interpretação conforme a Constituição, ou seja, por meio da mutação constitucional do conceito de racismo, foi decidido que o significado de racismo abrange o racismo social, que é tipo direcionado à comunidade LGBTI+, e aplicou esta compreensão à uma lei penal originada da mesma ordem constitucional de punir, sendo esta, quaisquer discriminações atentatórias dos direitos e liberdades

fundamentais, ampliando o seu alcance, e tornando estas condutas como crime de racismo, passando a ter caráter de imprescritibilidade e inafiançabilidade.

O julgamento da ADO 26/DF e Mandado de Injunção – MI 4733, teve por resultado a ampliação do alcance da lei do racismo, mediante a dilatação do conceito de racismo, feita pela significação jurídica conforme a Constituição em decisão judicial, amparada pela preservação dos direitos humanos de proteção contra qualquer tipo de racismo, disposta na Carta Magna. Em outras palavras, uma norma penal criminalizadora foi estendida hermeneuticamente, segundo o voto, por ordem constitucional, e pela urgência social de proteção aos direitos fundamentais da comunidade LGBTI+, ressaltou-se, ainda, que não se tratou de criação de novo tipo penal, mas de simples ampliação do alcance de norma existente.

Em suma, esta foi a racionalidade argumentativa percorrida para a tomada da decisão jurídica de criminalizar a homofobia e transfobia como racismo. Agora passaremos a demonstrar os motivos pelas quais esta decisão não está de acordo com alguns importantíssimos princípios constitucionais estruturantes, e como se caracteriza a ameaça ao Estado Democrático de Direito pelo entendimento firmado neste precedente.

O primeiro elemento, e mais importante aqui, sustentador do Estado Democrático de Direito, que foi transpassado na decisão de criminalização por interpretação conforme, é o princípio da Separação dos Poderes, que conforme já discorrido neste trabalho, é um princípio estruturante fundamental que sustenta a forma de disposição dos poderes do Estado brasileiro, e do qual da sua preservação depende a harmonia no exercício das suas funções. Este preceito tem o propósito de prevenir o arbítrio por meio da limitação do poder.

A violação do princípio ocorreu, uma vez que a Separação dos Poderes não permite que aquele que elabora as leis seja responsável por executá-la, e àquele que é encarregado de executar a lei não é permitido decidir a respeito de sua legalidade, contudo foi o que realizou-se, pois o Poder Judiciário, sendo o responsável típico por decidir a respeito da legalidade da lei, por intervenção do Supremo Tribunal Federal – STF, deu criação a um tipo penal por meio de decisão sua, ou seja realizou a função legislativa de forma logicamente irregular, em decorrência das exigências constitucionais para feitura da lei, (art. 5º, XXXIX, da CF/88), ao mesmo tempo em que é responsável por decidir a legalidade da mesma.

A afronta, apenas, deste princípio já configura um grave abalo à nossa estrutura democrática, pois que não há como conservar a plenitude do estado de direito constitucional sem que haja a perpetuidade de Instituições que exerçam as funções do poder do estado, de forma independente e harmônica entre si, como também, da garantia de direitos fundamentais e de um mecanismo de contrabalanceamento entre elas. Inerente ao princípio da Separação dos Poderes está o Princípio da Legalidade e da reserva legal, pois são partes do mesmo esqueleto sustentador deste modelo de estado, de modo que ferido um necessariamente é quebrantado outro.

Igualmente, os princípios da Legalidade e da reserva legal foram, também, ofendidos, o primeiro, em razão de ele garantir que somente por meio do devido processo legislativo constitucional é permitida a elaboração de leis, no entanto, o poder judiciário legislou; outro motivo é que somente a lei pode obrigar ou desobrigar os indivíduos à sua vontade, não obstante, agora é imposto ao jurisdicionado uma conduta que não foi tipificada por lei, mas por decisão judicial; da mesma forma, o segundo, uma vez que existe uma garantia constitucional do princípio da *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, ou seja “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”²⁷ (art. 5º XXXIX, da CF), todavia a decisão do supremo transpõe esta segurança constitucional, por reconhecer um crime sem a existência de tipificação legal.

O devido processo legislativo constitucional é a tradução do Princípio da Legalidade, este tem o caráter de impedir que o detentor do poder use de sua posição de autoridade para impor a sua vontade pessoal à coletividade, e garante que são leis somente os atos aprovados pelos representantes do povo, configurando assim a expressão de democracia, pois que subordina o comportamento dos indivíduos à vontade geral, em outras palavras, “O Princípio da Legalidade é a expressão maior do Estado Democrático de Direito, a garantia vital de que a sociedade não está presa às vontades particulares, pessoais, daquele que governa.”²⁸. Vejamos, também, a consideração do ministro Alexandre de Moraes sobre o tema:

²⁷ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado Federal, 1988. BRASIL. Título II, Capítulo I, Art. 5º, inciso XXXIX.

²⁸ SILVA, Alexandre Rezende da. Princípio da legalidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3816>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei.²⁹

Disto, podemos extrair que, conforme o princípio da reserva legal, somente a lei em sentido formal, tem legitimidade e legalidade em matéria penal, para obrigar o indivíduo a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, impondo sua vontade, que é coletiva e democrática, à vontade individual, sento estas as garantias contidas na Constituição da República em seu art. 5º, inciso, II e XXXIX; todavia no julgamento da ADO 26 o poder judiciário decidiu, em via própria, longe das formalidades essenciais do processo legislativo para promulgação de leis, por impor a criminalização de uma conduta não previamente cominada em lei, infringindo claramente o princípio da reserva legal.

Verdade é, que o STF possui uma jurisprudência no sentido de interpretação da palavra raça e racismo para além do que é naturalmente esperado desde a criação do vocábulo, como no caso Ellwanger (HC 82.424/RS), dessa maneira, há que se destacar que interpretar as normas e suas expressões é uma das liberdades do julgador, em especial do julgador da Suprema Corte, contudo de maneira nenhuma, é prerrogativa do Judiciário, fazer interpretação de termo de lei penal que terá por consequência a criminalização, de condutas, pois esbarra, primeiramente no princípio da Separação dos Poderes, e secundamente no princípio da Legalidade e da reserva legal, existindo, portanto, um limite constitucionalmente delimitado de atuação.

Mesmo que a interpretação conforme distinga-se da *analogia in malam partem*, o fim alcançado no caso desta decisão foi uma interpretação extensiva do significado de uma lei penal de caráter imprescritível e inafiançável, logo, foi uma interpretação para o mal. O que vale destacar neste ponto é que esta interpretação não é cabível para aumentar o alcance de uma lei criminal, uma vez que os princípios da legalidade estrita e Separação dos Poderes impedem que saia de uma decisão judicial uma norma incriminadora, não existente no ordenamento jurídico.

Note-se que o pedido acolhido aqui foi o de integral aplicação dos tipos penais de racismo às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada lei

²⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Pág. 127.

específica pelo Congresso Nacional, contudo em nosso Estado de Direito constitucional, não cabe a Corte Suprema criminalizar quaisquer condutas, por ser uma atividade completamente estranha às suas atribuições como Poder Judiciário, não importando o meio usado para tal.

A hermenêutica jurídica não permite a criação de tipos penais, visto que não há possibilidade constitucional que legitime a integração normativa de caráter penal por interpretação judicial. Ao tornar crime uma conduta, sem prévia cominação legal, ocorre uma invasão de competência, como alertado durante o julgamento pela por diversos *amicus curiae*, em especial pela Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM:

não cabe ao Poder Judiciário, nem ao próprio Supremo Tribunal Federal, invadir a competência legislativa exclusiva do Congresso Nacional, como é no caso das legislações penais (...)Sendo assim, temos como juridicamente impossíveis os pedidos deduzidos na inicial, ante a impossibilidade do Supremo Tribunal Federal funcionar como legislador positivo, situação que, caso ocorra, ferirá de morte o princípio da separação dos poderes e seria salutar o reconhecimento da preliminar ora invocada ante a inviabilidade jurídica dos pedidos deduzidos na inicial³⁰.

Dentre outros que se manifestaram nesse sentido a Câmara dos Deputados, o Senado Federal e a Advogada-Geral da União em exercício, pugnaram pela improcedência da ação. Dentre as argumentações, defenderam a inexistência de ordem constitucional expressa de criminalização da homofobia e transfobia, e conseqüentemente a inexistência de inconstitucionalidade por omissão, sustentaram pela impossibilidade de colmatação por via jurisdicional, em decorrência do princípio da reserva legal penal (art. 5º, XXXIX, da CF), pela defesa da Separação de Poderes, e independência do Legislativo, e pela inviabilidade de acolhimento do pedido de tipificação criminal da homofobia e transfobia.

A afirmação de existência de expressa ordem de criminalização específica na Carta de 1988 não prospera, pois que o art. 5º, XLI e XLII, CF expõe, apenas, uma previsão legal de punir discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais, e ordena a natureza inafiançável e imprescritível que deve conter a lei

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Peça 73. Autos eletrônicos Dje: 13/06/2019. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053_ Acesso em 17 nov. 2020. pág.17-18.

de racismo, e o tipo de pena à que deve ser sujeito seu transgressor; Logo a omissão inconstitucional de edição de lei específica deriva de um entendimento particular, pois as ordens gerais e expressas de punir já foram cumpridas no Código Penal, o qual prevê os diversos tipos de crimes que possam atentar contra tais liberdades, como também, na lei do racismo.

Observado o fato de não haver esta ordem específica na Constituição, não há justificativa real e plausível de inconstitucionalidade que possa legitimar, minimamente, a atuação jurisdicional de criminalização da homofobia como crime de racismo em sede de decisão judicial de Corte Superior. Não se pode querer afirmar de que trata-se de mero preenchimento interpretativo de norma, pois a esfera aqui é penal, e exige, para sua modificação e validade, que sejam cumpridas as formalidades essenciais ao nascimento de um novo tipo penal. Não se trata de estrito cumprimento de dever constitucional, visto que a ordem da carta magna é geral, e não há nela preceito que ordene o cumprimento de outro de forma irrestrita.

As normas jurídicas penais pátrias, em especial o Código Penal Brasileiro, tem o condão de proteger a todos os sujeitos de direitos, e não somente a maioria. É verdade, que neste meio, não há uma norma expressa sobre a transfobia e homofobia, frente a necessidade de uma lei que reforce a proteção a esse grupo social, contudo isto não os excluí completamente da tutela jurisdicional, visto que, mesmo sem especificidade, há proteção legal para todas as pessoas contra quaisquer discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais.

Como bem observou a ministra Rosa Weber “Não é correto supor que a falta de sanção criminal obsta de forma cabal o exercício do direito à igualdade e liberdade por parte dos cidadãos LGBT”³¹, assim, a ideia de que a liberdade de orientação sexual estaria reduzida, pela ausência de legislação específica no sentido de criminalizar especificamente a motivação dos crimes de ódio, e que somente assim estariam sendo tratados de forma juridicamente igualitária não tem razão, como também, a não colmatação da lacuna legislativa pelo judiciário, impediria esta liberdade e igualdade destes cidadãos, contrariamente, estes exercícios não

³¹ 31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal. Inteiro Teor do Acórdão. Autos eletrônicos. Peça 156. Dje: 13/06/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em 17 nov. 2020. pág. 373.

dependem, inevitavelmente, da edição de uma norma criminalizadora, mas vão muito além desta condição.

De fato, existe um anseio da população LGBTI+ de uma proteção de lei penal específica, além das já existentes, para as condutas de homotransfobia, no sentido de reforçar a sua proteção das mais diversas formas de violência, e desumanidades a que vem sofrendo no decorrer da história, contudo a via jurisdicional não pode servir como substituta da legislativa, mesmo diante de situações desta natureza, ademais a CF/88 é estruturada por princípios de um Estado Constitucional, os quais não permitem que quaisquer direitos individuais sejam exercidos em detrimento da ordem pública, por esse motivo, é que as pretensões do autor não deveriam ter sido acolhidas, pois, este ato acaba “substituindo os juízos políticos, morais e éticos, próprios do legislador, pelos seus”³², sendo inconstitucional.

É neste contexto que está inserido o princípio da Proibição da Proteção Insuficiente, invocado para validar a atuação criminalizadora do judiciário, vejamos as considerações de alguns autores sobre essa questão:

o uso descontextualizado de uma figura oriunda do direito alemão, qual seja, o princípio da proibição de proteção insuficiente, o assim chamado *Untermassverbot*. Se a tese foi utilizada na Alemanha no direito penal, foi-o em outro sentido e contexto. Lá o Tribunal Constitucional declarou ser inconstitucional a descriminalização do aborto. Havia uma lei e o Tribunal entendeu que o Parlamento não tinha liberdade de conformação para proceder a descriminalização, à míngua de alternativa minimamente eficaz para a proteção da vida do nascituro. Mas a decisão do *Bundesverfassungsgericht* não criminalizava qualquer conduta. A proibição de proteção insuficiente, que opera como um segundo nível de controle das omissões e ações (insuficientes) do poder público, poderá servir de importante critério para o controle dos atos do poder público e mesmo ensejar uma correção de rumos, mas não se presta como fundamento cogente e eficaz, por si só, para justificar a criminalização de uma conduta, ainda mais, como no caso em tela, mediante provimento jurisdicional.³³

Na decisão em voga, o princípio da Separação dos Poderes, da Legalidade, e o princípio da Proibição da Proteção Insuficiente encontram um conflito, uma vez

³² STRECK, Lenio Luiz; CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PANSIERI, Flávio. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. 21 de agosto de 2014. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito> Acesso em: 09/11/2020.

³³ STRECK, Lenio Luiz; CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PANSIERI, Flávio. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito 21 de agosto de 2014 em **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito> Acesso em: 09/11/2020.

que este último tem a ordem garantidora de proteger os direitos e garantias fundamentais de forma eficaz, da mesma maneira, aqueles tem a ordem de garantir as vias e formalidades devidas para o alcance dos fins. Não tem um, poder superior a outro para sobrepor sua satisfação em prejuízo do outro, assim dizendo, ambos devem ser respeitados. mesmo diante da necessidade de reforço da proteção da comunidade LGBTI+ não se pode colocar em risco a Democracia pressionando o judiciário a efetivar direitos garantidos constitucionalmente, em agravo a outros preceitos fundamentais.

Os princípios constitucionais garantidores dos direitos individuais, neste caso, especialmente o da Proibição da Proteção Insuficiente está sempre acompanhada do princípio da proibição do excesso, dado que eles guardam uma relação de equilíbrio, e sua interpretação deve sempre ser levada em conta com os demais preceitos da Constituição, vejamos algumas considerações sobre ele:

Esses direitos se relacionam reciprocamente e de maneira condicionada com outros bens jurídico-constitucionais. Assim, haverão de ter seu conteúdo e seus limites definidos por outros valores constitucionais diante do caso concreto. Devido à carga axiológica existente nos direitos fundamentais, eles vivem em uma constante tensão, em consequência disto, não há que se cogitar, em um sistema constitucional democrático, a existência de direitos fundamentais absolutos, isto é, direitos que sempre prevaleceram em detrimento de outros. (...) Sendo assim, na medida em que o Estado atua de maneira desarrazoada, excedendo-se na sua atuação teremos uma inconstitucionalidade. Da mesma forma ocorrerá se ele se omitir em seu dever de proteção dos direitos fundamentais, ou se não o fizer de forma adequada e eficaz.³⁴

Como visto, não há como valer-se deste princípio isoladamente com o propósito de fazer valer alguma ordem constitucional, pois para a manutenção do Estado Democrático de Direito, faz-se necessário a harmonia nas interpretações constitucionais principiológicas. Lamentavelmente a via de concretização do direito

³⁴ PORPINO, Isabela Veras Sousa. **Constituição e proporcionalidade: direitos fundamentais entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/constituicao-e-proporcionalidade-direitos-fundamentais-entre-a-proibicao-do-excesso-e-a-proibicao-da-protecao-deficiente/>. Acesso em: 17/11/2020.

ora pleiteado pelo autor na ADO 26/DF, foi a judicial, não havendo sido observada esta harmonia neste julgamento.

A Carta da República resguarda o direito da dignidade da pessoa humana, como um dos principais direitos fundamentais dos indivíduos, porém ela não ordena que a justiça deva garantir o pleno exercício deste a todo custo, ou seja, sem observar, concomitantemente, os outros princípios que a regem. A efetivação de quaisquer direitos constitucionais não pode ser realizada de maneira isolada, cada um deve ser observado com o mesmo nível de respeito e honra, dado que, nenhum princípio é absoluto. A efetivação dos direitos fundamentais no julgamento da presente, ao não observar o princípio da Separação dos Poderes, com a mesma seriedade que observou os direitos fundamentais, acabou por gerar um risco à ordem jurídica e a própria Democracia.

A função contramajoritária do Supremo consiste em poder declarar uma lei inconstitucional em nome da Lei Maior. Tem esse nome porque é um órgão cujos membros não são eleitos diretamente pelo povo, contudo pode tornar inválido um ato do Poder Legislativo que representa a decisão da maioria. Tem também, o dever de concretizar a proteção às minorias. Contudo o exercício desta função, não inclui a prerrogativa de preservar certos princípios prejudicando outros, como verificou-se na decisão desta ADO.

O desfecho constitucionalmente harmonioso, em uma situação como esta, que deveria ter se seguido seria o indeferimento dos pedidos, e extinção da ação sem resolução do mérito, e a cientificação do Congresso Nacional para adoção das providências necessárias à criminalização da homotransfobia, encerrando qualquer mora constitucional, conforme determina o art. 103, § 2º, da Constituição Federal c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/1999.

5.2. Os riscos para a ordem jurídica e a conseqüente ameaça ao Estado Democrático de Direito.

A criminalização da homofobia e transfobia como racismo, em decisão judicial, representa graves riscos para a ordem jurídica, visto que, em primeiro lugar, o princípio da Separação dos Poderes é um dos mais firmes alicerces do Estado Democrático de Direito, de maneira que abalada essa sustentação corremos o risco

de ver ruir toda a estruturação do Estado; Em segundo lugar, põe em risco a liberdade individual, visto que os princípios da Legalidade e reserva legal foram quebrantados, pelo pronunciamento judicial, de tipo penal, em estudo, embora provisório; E, em terceiro lugar, fragiliza a democracia, porquanto a sua estrutura foi perturbada.

O princípio da Separação dos Poderes, expressamente consignado no art. 2º da Constituição Federal, é uma das principais colunas do estado brasileiro, em razão de nele estar a origem da liberdade individual e dos direitos fundamentais restantes, não existindo Estado Constitucional Democrático brasileiro sem a ordem deste princípio, exatamente por este motivo é que esta decisão gera apreensão, vejamos essa consideração da ministra Rosa Weber:

É que a erosão de garantias fundamentais começa, frequentemente, com bons motivos e virtuosas intenções. Uma vez derrubadas as garantias, todavia, já não haverá nada para proteger os direitos de todos contra medidas com vocação materialmente autoritária. Diante desses riscos, o único norte seguro é a Constituição. Na ânsia de promover o objetivo fundamental da República de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), bem como de cumprir o dever do Estado de punir qualquer discriminação que se mostre atentatória contra os direitos e as liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), não se pode permitir que as melhores intenções justifiquem a fragmentação das garantias institucionais e procedimentais sem as quais não existe Estado de direito.³⁵

Vale apontar, neste momento, que a sociedade brasileira, inegavelmente, ainda tem muito o que evoluir relativamente ao respeito pelas diferenças, e o conseqüente convívio social harmonioso das liberdades fundamentais de cada indivíduo, como também, ainda tem muito o que evoluir no que se refere a seriedade das Instituições do Estado Democrático de Direito.

O perigo está no sentido da decisão, uma vez que é inconstitucional por ferir a Separação de Poderes, e possui eficácia *erga omnes* e caráter vinculante. A solução jurídica da questão suscitada neste MI 4733/DF e ADO 26/DF não poderia ultrapassar a esfera a que compete a atuação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, evitando o choque de poderes, sob o risco de causar um abalo institucional, o que pode estar em iminência de acontecer.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal. Inteiro Teor do Acórdão. Autos eletrônicos. Peça 156. Dje: 13/06/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em: 17 nov. 2020. pág. 384-385.

Da mesma maneira, a violação do princípio da legalidade estrita penal, oferece risco à liberdade individual, devido à transgressão da exigência de legalidade estrita para aprovar leis em matéria penal, pela via exigida constitucionalmente, ou seja, pelo Congresso Nacional. Tais fatores são um sinal do amortecimento da democracia brasileira na contemporaneidade.

6. CONCLUSÃO

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO 26/DF e Mandado de Injunção – MI 4733, representou uma ofensa a estrutura democrática do estado brasileiro, pois que, o Poder Judiciário exorbitou de sua competência constitucional, infringindo os princípios da Separação dos Poderes, que é essencial à manutenção das instituições democráticas, como também, os princípios da Legalidade e reserva legal, que garantem conjuntamente a prevenção de abusos decorrentes de autoritarismo mediante limitação do poder do estado, como também defendem o indivíduo de qualquer tirania que possa emanar daqueles que detém do poder.

O ativismo judicial compreende o exercício da criatividade do julgador na apreciação de casos concretos, socialmente impulsionados, é uma atividade carregada de inovações jurídicas, no exercício da hermenêutica, das leis. No caso da Suprema Corte, esta interpretação é exercida em âmbito federal, pois suas decisões tem caráter vinculante e efeito *erga omnes*, caracterizando precedentes, motivo este pela qual esta criminalização por interpretação representa uma ameaça tão grave.

A constituição delimitou de forma clara as prerrogativas funcionais de cada órgão da República, os quais possuem as suas respectivas funções típicas e atípicas, essa estruturação permite uma interpenetração entre os poderes do estado, para que estes mutuamente se vigiem, pois somente é possível a limitação de um poder por outro poder, nisto é que se traduz o sistema de freios e contrapesos, contudo este sistema constitucionalmente garantido, não foi suficiente para obstar a coerção de caráter penal imposta à sociedade por atuação judicial do Supremo Tribunal absolutamente incompatível com as funções do Judiciário.

Mesmo nos dias de hoje, a homotransfobia no Brasil ainda é um grande problema social, pois ainda persistem situações de intolerância e discriminação pela ausência de respeito pelas diferenças, de forma que, tanto o povo quanto as instituições democráticas ainda tem bastante o que amadurecer; o povo no respeito pelas diferenças, e as instituições no respeito pela mais elevada carta normativa do ordenamento jurídico, a Constituição Federal.

O risco à estabilidade do Estado Democrático de Direito e a firmeza das suas instituições tornou-se real, com o atípico acatamento do pedido pleiteado e sede

de ADO para criminalizar a conduta de homofobia e transfobia como racismo, por meio de interpretação extensiva, por via jurisdicional, porquanto é inconstitucional o acolhimento do pleito.

Ao equiparar a homofobia e transfobia ao crime de racismo, o STF faz nascer um novo tipo penal, colocando em risco a estrutura democrática do estado constitucional de direito, a ordem jurídica, e a liberdade individual, ao mesmo tempo em que se afirma como um poder superior aos outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto, **No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não**. 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?pagina=2>. Acesso em: 11 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado Federal, 1988. BRASIL.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor do Acórdão. **Mandado de Injunção 4.733 Distrito Federal**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal. Inteiro Teor do Acórdão. Autos eletrônicos. Peça 156. Dje: 13/06/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em: 17 nov. 2020.

COELHO, Gabriela. Supremo aprova equiparação de homofobia a crime de racismo. **Consultor Jurídico-Conjur**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-13/stf-reconhece-criminalizacao-homofobia-lei-racismo>. Acesso em: 11 de nov. de 2020.

FERRARI, Juliana Spinelli. **"O que é homofobia?"**; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/psicologia/homofobia.htm>. Acesso em: 12 nov. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Curso de direito constitucional**. 38ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

Lei nº 7.209, de 11 de Julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm. Acesso em: 19 nov. 2020.

Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 19 nov. 2020.

LENZA, Pedro, **Direito constitucional esquematizado**, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NOVELINO, Marcelo, **Curso de direito constitucional**. 11ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

REALE, Miguel, **Filosofia do Direito**. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Alexandre Rezende da. Princípio da legalidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 63. 1 mar. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3816>. Acesso em: 20 nov. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PANSIERI, Flávio. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 09 nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz, **Jurisdição constitucional**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018.

Supremo reconhece união homoafetiva. **Notícias STF**, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/VerNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 09 de nov. de 2020.

TASSINARI, Clarissa, **Ativismo Judicial, Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**, 2012. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ClarissaTassinari.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

VINCI, Luciana Vieira Dallaqua, VINCI JÚNIOR, Wilson José. **A função contramajoritária dos direitos fundamentais**. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-abr-27/mp-debate-funcao-contramajoritaria-direitos-fundamentais#_ftn3. Acesso em: 21 nov. 2020.