



GABRIELA TURCATTI FOLLE

O ATIVISMO JUDICIAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

CURITIBA

2023

GABRIELA TURCATTI FOLLE

O ATIVISMO JUDICIAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Artigo Científico apresentado ao Programa de Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profa. Me. Safira Orcatto M. do Prado

CURITIBA

2023

TERMO DE AUTORIA E RESPONSABILIDADE

À Coordenadoria de TCC

Acadêmico: Gabriela Turcatti Folle

Título do trabalho: "O ATIVISMO JUDICIAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA"

Autorizo a submissão do artigo supranominado à Comissão/Banca Avaliadora, responsabilizando-me, civil e criminalmente, pela autoria e pela originalidade do trabalho apresentado.

Curitiba, 28 de agosto de 2023



Documento assinado digitalmente

GABRIELA TURCATTI FOLLE

Data: 28/08/2023 17:18:08-0300

Verifique em <https://validar.itl.gov.br>

Assinatura do Acadêmico: _____

O ATIVISMO JUDICIAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Gabriela Turcatti Folle¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise das decisões da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº4733, que buscavam criminalizar as condutas homofóbicas e transfóbicas equiparando-as ao crime de racismo. Inicialmente, demonstrar-se-á o Princípio da Separação dos Poderes com seus fundamentos, bem como sua contextualização tanto no Constitucionalismo, quanto no Neoconstitucionalismo trazendo um panorama do ativismo judicial no Brasil. Após, analisar-se-á a não tipificação da conduta de homofobia e transfobia no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, será analisado no que tange o julgado da ADO nº26 e do MI nº4733, com ênfase em uma possível afronta ao princípio da legalidade e ao princípio da separação dos poderes. Sob a ótica da Suprema Corte foram apresentados os votos dos Ministros, bem como sob a ótica Doutrinária foram demonstrados uma série de argumentos para a fundamentação sobre uma possível afronta cometida aos Princípios norteadores da Constituição.

Palavras-chave: Constituição. Supremo Tribunal Federal. Ativismo Judicial. Criminalização da Homofobia.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. A SEPARAÇÃO DE PODERES; 2.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONSTITUCIONALISMO; 2.2 A SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONTEXTO NEOCONSTITUCIONAL; 3. A HOMOFOBIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 3.1 A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA ANTERIOR A DECISÃO DO STF; 2.3 A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL ANTERIOR A DECISÃO DO STF; 4. O ATIVISMO JUDICIAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA; 4.1 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; 4.2 A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6 REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A Carta Magna de 1988 é o marco significativo de mudanças no ordenamento da sociedade como um todo, trazendo princípios e fundamentos mais humanistas.

Com o sistema judiciário não seria diferente, no atual cenário em que vivemos é notável a crescente judicialização de alguns atos, que por função principal seriam de outros poderes, como do legislativo por exemplo, enfrentando assim crescente demanda, onde de maneira mais veloz é buscado a solução para os casos envolvendo assuntos de conotação ampla e de alta relevância para a sociedade.

¹ (Estudante Bacharel do Curso de Direito no Centro Universitário Internacional Uninter).

A palavra judicialização política, pode remeter à mudanças no sistema da operação do direito, para tanto é necessário a conceituação e apresentação do caso concreto discorrido durante a pesquisa.

Perante o contexto apresentado, o presente trabalho tem como tema de reflexão e indagação os desdobramentos em torno das decisões do Supremo Tribunal Federal, que equipararam ao crime de racismo, a Homofobia e a Transfobia, apreciados no Mandado de Injunção 4.733 e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26. Ainda, busca entender se as referidas decisões violaram a competência do Poder Legislativo ou mesmo se houve ativismo judicial legítimo.

É necessário para tanto, uma breve análise histórica da origem do Princípio da Separação dos Poderes, dentro do contexto do Constitucionalismo e, posteriormente, no Neoconstitucionalismo, para melhor exemplificação da funcionalidade aplicada entre os três poderes.

Anteriormente a análise concreta dos julgados, o presente trabalho apresentará também como eram tratados os casos de homofobia e transfobia no ordenamento jurídico brasileiro.

Insta salientar que o método adotado para a execução deste trabalho, foi dedutivo, bem como a utilização de revisão bibliográfica e o estudo de julgados do Supremo Tribunal Federal.

2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes adquire um papel essencial no ordenamento jurídico desde a origem do Constitucionalismo.

Antes de discorrer profundamente sobre o tema objeto deste estudo, faz-se necessário a compreensão do Princípio da Separação dos Poderes diante do Constitucionalismo e da perspectiva neoconstitucionalista. Para isso serão apresentadas diversas concepções de pesquisadores e autores importantes no cenário jurídico nacional.

2.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONSTITUCIONALISMO

O Constitucionalismo originou-se nos primórdios da Grécia Antiga. Entretanto, como a maioria dos conceitos jurídicos sofreu alterações durante o decorrer dos anos.

Seu conceito não é definido apenas por visão jurídica, mas filosófica e política, ou seja, busca a limitação do uso abusivo de autoridade por parte do Estado, como mecanismo para a validar e assegurar dos direitos fundamentais ao ser humano².

Ademais, essa não seria a única definição possível para o Constitucionalismo. Para Paolo Comanducci³, existe duas maneiras de interpretá-lo, a primeira é de maneira ampla, onde se faz necessário a elaboração de qualquer Constituição, ao passo que de maneira estrita a referida elaboração dar-se-á em uma modalidade específica⁴.

Além disso, o autor supracitado caracteriza um Constitucionalismo de contrapoderes, cuja finalidade é a recomendação de um mecanismo capaz de limitar o poder, por meio de freios e contrapesos. Outrossim, este ramo está disposto a valorizar uma série de direitos, tal qual a propriedade, baseando-se no racionalismo, razão pela qual diverge do chamado Constitucionalismo de regras⁵.

Porém, é na Idade Média que o Constitucionalismo se torna concreto. Com elaboração de um plano de lei fundamental, garantindo-se não tão somente o, garantias de direitos individuais, como também limite do Poder Estatal⁶.

Na Inglaterra, mesmo existindo uma representação jurídica baseada nos costumes, que se tem o renascimento do Constitucionalismo, baseando-se numa série de lutas revolucionárias que, posteriormente, veio a se concretizar em uma Carta Magna. Trazendo um contraponto para a Monarquia Absolutista, passando assim a ter seus poderes demarcados e delimitados⁷.

Com esse movimento veio a compreensão de uma Constituição Mista⁸, não se identificando nem com o modelo anterior, nem com regimes democráticos, onde todos os cidadãos teriam acesso ao Poder e não somente em um número exclusivo de pessoas, respaldado na ideia ética de Aristóteles.

² IGNÁCIO, Renata Rossi. O Constitucionalismo e a realidade Latino-Americana: Análise Crítica do Contexto Brasileiro. Revista dos Tribunais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 113/2019, p. 265-289, Maio/Jun. 2019.

³ COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. Neconstitucionalismo(s). 5. ed. Miguel Carbonell (ed.) Madrid: Trotta, 2005.

⁴ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Constitucionalismo**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

⁵ Ibidem

⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 13.

⁷ Ibid., p.13.

⁸ Ibid., p.13.

Assim, a contribuição da doutrina constitucional mista em seu modelo Aristotélico para a teoria da separação dos poderes de Montesquieu é a ideia de equilibrar as classes sociais por meio de sua participação no exercício do poder político. No entanto, isso acontece apenas nos estágios avançados do ensino de Montesquieu.

A ideia de Separação dos Poderes tomou forma na Inglaterra, com uma preliminar divisão de funções estatais, entre o Poder de Governar do Rei e jurisdicional exercido pelos Juízes. Refira-se que, até ao início do século XVIII, o conceito de funções executivas era utilizado em um sentido diferente do que é hoje, isso porque na época a influência do Estado sobre os indivíduos comuns era amplamente tratada por meio dos tribunais e da polícia⁹.

Embora, até os dias atuais, não haja uma Constituição escrita na Inglaterra, já era perceptível o Constitucionalismo Moderno nessa época, onde existia uma limitação aos poderes, oriundo de um processo legislativo formal e o parlamento estava lotado de representação popular. Por meio de documentos jurídicos da época, algumas garantias já eram previstas, antes mesmo da promulgação de Constituições como a da França e dos Estados Unidos¹⁰.

Analizada a ineficácia de atribuir a mesma instituição a tarefa de promulgar leis e agir conforme a lei, tornando-a igualmente ativa e imparcial em casos específicos, impõe-se a separação das funções legislativa e executiva como condição para o efetivo desenvolvimento do Estado de Direito. Se aqueles sujeitos às leis também pudessem mudá-las, isso imediatamente pareceria tirânico. Daí a ideia de separação funcional orgânica¹¹, que consistia em não intervenção de funções de cada Poder.

Com a advento do Constitucionalismo Moderno, é materializado a ideia básica de registrar por escrito os documentos básicos do povo. Portanto, enquanto houver separação de poderes, deve significar a restrição e controle da separação de poderes, o que vai ao encontro de um dos principais requisitos do Constitucionalismo. Inspiradas nas Constituição norte-americana e na Revolução Francesa¹².

No ano de 1789 é publicada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, fundindo-se como espelho para criação de demais constituições pela

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 20

¹⁰ Ibid., p.20

¹¹ TAVARES, 2023, p. 14.

¹² TAVARES, 2023, p. 15.

Europa. O princípio da separação dos poderes adquire um papel essencial no ordenamento jurídico desde a origem do Constitucionalismo. Como podemos observar no art. 16 da declaração supramencionada, em que: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”¹³

Foi na América do Norte, que surgiu a primeira Constituição escrita, conforme a percepção moderna, estabelecendo um novo sistema político, garantindo a independência da colônia. Elaborada e constituída na ideia de soberania popular, foi pioneira em ratificar uma República Federativa instituindo comando administrativo, ou seja, executivo para entes federativos, afirmando a separação de poderes criado por Montesquieu e concretizado pela supremacia da lei¹⁴.

Apesar do texto original, não elencar um rol de direitos fundamentais, em 1791 foram realizadas as primeiras emendas na Constituição, trazendo tais direitos e garantias. O que foi de suma importância para a afirmação da Supremacia de Constituição e como a Suprema Corte trataria tal assunto. Tomamos como exemplo a famosa decisão no caso Marbury vs. Madison, de 1803, ao declarar a aptidão da Suprema Corte, com respaldo na Constituição, para controlar as ações de outros poderes como o legislativo¹⁵.

Os ideais constitucionais estabelecidos na América do Norte se espalharam pelas Américas à medida que as colônias conseguiram se libertar de Portugal e da Espanha. Ao final, as ideias originais do contrato social foram abandonadas em prol do próprio Constitucionalismo, capaz de sustentar e justificar o exercício do poder na sociedade.

2.2 A SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONTEXTO NEOCONSTITUCIONAL

Com o final da Segunda Guerra Mundial a Europa viu-se imersa em um cenário de reformulação de interpretação da Constituição. Ou seja, anteriormente o que era

¹³ SARLET, 2021, p. 129.

¹⁴ Ibid., p. 22.

¹⁵ Ibidem.

considerado um Estado de Direito Legal, passa a ser um Estado Constitucional de Direito, com um gradual avanço do Poder Judiciário¹⁶.

O período supramencionado deu início ao chamado Neoconstitucionalismo, onde a Constituição devia estar voltada para garantir os direitos fundamentais, bem como sua efetivação. Para isso, uma das principais individualidades desta etapa constitucional, foi a troca do protagonismo acerca de decisões e deliberações.

Anteriormente, os holofotes estavam direcionados ao legislador, atualmente o foco está na figura do juiz. Ou seja, fica evidenciado o aumento de poder do âmbito judiciário, em face ao poder legislativo. Ou seja, o Poder Judiciário, se torna importante vetor para proteção das Instituições Democráticas.

O ministro Luís Roberto Barroso, define o Neoconstitucionalismo da seguinte maneira¹⁷:

um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

No que tange ao Neoconstitucionalismo, a relação entre a moral e o direito não é obrigatória, uma vez que ela pode se dar de modo infrequente. O que garante a ocorrência desta relação é a incorporação de valores morais, nas Constituições, por meio tanto de direitos fundamentais, quanto de princípios, como serão apresentados no decorrer deste estudo.

Desta forma, os princípios de valores possuem cada vez mais importância no cenário jurídico, visto que os princípios supramencionados guiam a Constituição, porque consagram a positivação dos valores sociais, caracterizando-se pelas normas materiais, tendendo a adentrar todo o sistema jurídico.

Com o advento da redemocratização da Constituição da República de 1988, viu-se o acréscimo da busca pela judicialização na sociedade. Os tribunais têm cada

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 422.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 240, p. 1-42, abril, 2005.

vez mais atuantes e políticos, visto que a nova Constituição é sinônimo de garantias de Direitos Fundamentais.

O Brasil é evidentemente um país dividido em polos, consequência esta, do aumento da população de maneira exponencial, bem como da enorme diversidade no âmbito da cultura, religião e línguas.

A CRFB de 1988, é um dos principais marcos históricos do ramo jurídico/normativo, transportando sob sua incumbência um peso nunca visto anteriormente. Essa mudança se dá, pelo fato de que as Cartas Constitucionais antecedentes, eram utilizadas basicamente para satisfazer desejos de quem detinha o poder no momento, ou seja, as Cartas supramencionadas tinham no âmbito político seu âmago fixado.

O artigo 2º da CRFB de 1988, impõe a independência, bem como a harmonização entre os três poderes nele arrolados, quais sejam: Executivo, Judiciário e Legislativo. No tocante ao tema supramencionado, José Afonso da Silva¹⁸, discorre que:

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

Tem-se, portanto, uma relevante alteração do que se tinha como ideal em tempos ditatoriais para o período de Redemocratização. Consequentemente, essa alteração gerou como um de seus principais efeitos, a efetividade dos cânones fundamentais da nova Constituição.

Ao traçar uma linha do tempo histórica do Brasil, resta evidente que os poderes do Estado conseguiram concomitar até o momento em que a relação ficou em desequilíbrio devido aos excessos de um poder para com o outro. Majoritariamente, sempre que o Brasil se deparou com esses excessos, a Constituição Federal legitimou o Poder atingido.

Pode-se dizer por independência dos Poderes a capacidade de ditar seu próprio rumo através da tomada de decisões sem que precise do aval dos demais

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

poderes. Como por exemplo, incumbe ao Presidente da República organizar a Administração Pública, bem como gerenciar cargos de natureza pública na esfera Federal. Já ao Congresso Nacional e Tribunais, concerne a elaboração das suas leis internas bem como da organização de seus cargos. No tocante ao Poder Judiciário, José Afonso da Silva, nos ensina que este teve sua autonomia e independência mais evidentes, visto que calha a ele indicar seus juízes e apresentar seu próprio orçamento¹⁹.

Ao tratar da harmonia necessária entre os Poderes, é importante direcionar os olhares para o Princípio da Cordialidade no tratamento entre eles, bem como a necessidade do respeito à função delegada a cada poder. Entretanto, a independência assegurada a cada um dos poderes, não se dá de maneira absoluta, haja vista que existem uma série de intervenções de um poder para com o outro, que são necessárias justamente para efetivar a presença do sistema regulador de freios. É de suma importância, portanto, a existência de um equilíbrio, para que a sociedade possa viver bem, bem como na tentativa de impedir a tirania/arbitrariedade conforme já ocorrido no passado²⁰.

Ainda, a respeito dos temas em debate, José Afonso da Silva²¹, nos ensina que:

São esses alguns exemplos apenas do mecanismo dos freios e contrapesos, caracterizador da harmonia entre os poderes. Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescentam atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro.

No tocante ao princípio da separação dos poderes, o Ministro Alexandre de Moraes²² destaca que:

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura. O legislador constituinte, no intuito de preservar este mecanismo recíproco de controle e a perpetuidade do Estado democrático, previu, para o bom exercício das funções estatais, pelos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e a

¹⁹ SILVA, 2016, p.112

²⁰ SILVA, 2016, p.112

²¹ Ibid., p. 113

²² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 835

Instituição do Ministério Público, diversas prerrogativas, imunidades e garantias a seus agentes políticos.

A Separação dos poderes é um princípio que não está presente somente no direito brasileiro. Nos dias atuais, alguns dos principais países do mundo trazem em suas Constituições deliberações acerca deste assunto. Dentre esses países, é válido destacar: França, Espanha, Itália e os Estados Unidos.

Justo salientar, ainda, as palavras de José Gomes Canotilho:

Como se percebe, a separação de poderes abarca diversos desenhos. Varia se em sistema presidencialista ou parlamentarista, bem como dentro de cada qual. Sem prejuízo dos seus muitos padrões, o princípio da separação de poderes se consolida como um princípio geral do Direito Constitucional, postulado básico e aglutinador da Teoria da Constituição, evocado sempre a responder aos desafios da atualidade. Vai, assim, se reorganizando, ensejando leituras sucessivas, se renovando.

Em razão disso, tem-se que as Constituições ao redor do mundo, especialmente, o sistema jurídico brasileiro é ajustável por meio de suas leis, com base na realidade vivida. Ou seja, por meio de uma orientação estatal eficaz, essas entidades podem se modernizar e se adaptar em resposta aos eventos atuais. Os fatos históricos, devem assim, apoiar os direitos dos cidadãos individuais, na busca de uma sociedade ideal, a qual tornou-se uma responsabilidade compartilhada do Estado, nos ditames da nova Constituição.

Uma questão a ser levantada é quais direitos deveriam ser tutelados pelo Poder Judiciário. Uma vez que a Constituição não prevê uma autorrestrrição, mas abre portas para cada vez mais judicialização, principalmente no tocante aos Direitos Fundamentais elencados no rol do art.5º da CRFB.

Para Cláudio Ari Mello²³, existem vários meios de autorrestrrição no judiciário, como: limites processuais, hermenêuticos, funcionais. O primeiro deles instituindo barreiras formais, no âmbito processual. Já os hermenêuticos, fazem-se presentes na ideia da Constitucionalidade das leis a serem aplicadas. No tocante aos funcionais, está relacionado ao princípio da discricionariedade do legislado com a finalidade de atender demandas públicas.

No entendimento de Ran Hirschl²⁴, esse deslocamento de funções, da perspectiva política para os Tribunais, faz-se efetivo no âmbito da atuação política no

²³ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 218.

²⁴ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de**

momento em que responsabilidades são transferidas também. Oferecendo assim, uma retirada cômoda dos atores políticos, para resolver e embates de viés político e não judicial, bem como ativando esse processo de judicialização cada vez mais, justificando o motivo de tolerância dos atores políticos com o fenômeno.

Ao ser realizado uma pesquisa da judicialização política no Brasil, mostrou que além de instrumento de defesa, também atua como fórmula de estratégia governamental, onde 60% das ADIns que tramitaram desde a inauguração da atual Constituição até o ano de 2005, tratavam de assunto da Administração Pública²⁵.

Ademais, quando esse recurso é proposto por governadores, a porcentagem é de 87,1%, no tocante a leis estaduais, caracterizando ainda mais a procura pelos próprios atores políticos pelo judiciário. Sendo justificada, pela imensa das vezes pelo chefe do executivo estadual não deter maioria da assembleia estadual.

Esse fenômeno recebe o nome de ativismo judicial, em que é perceptível a interferência do Poder Judiciário no âmbito da atividade legislativa, nos demais poderes, em relação aos seus atos e omissões. Ou seja, os limites funcionais de cada poder são relativizados, visto cada vez mais no número de decisões levadas à Suprema Corte com o advento da nova Constituição de 1988²⁶.

Verificar-se-á no tópico seguinte a análise do contexto da homofobia no ordenamento jurídico brasileiro, para que possamos adentrar na discussão da criminalização dela.

3. A HOMOFOBIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA ANTERIOR A DECISÃO DO STF

Conforme entendimento de Pamela Nascimento, a omissão do Congresso Nacional em legislar sobre direitos da Comunidade LGBTQIA+, fez com que a busca pelo amparo do Judiciário viesse em crescente volume, acarretando assim o evento da Judicialização da Política²⁷. Ou seja, a falta de tipificação da conduta de Homofobia implicou na procura incessante pelo Poder Judiciário.

Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.251, p. 139-178, mai. 2009, p. 14

²⁵ VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social. Revista de Sociologia da USP*. v. 19, n. 2, p. 39–85, nov. 2007.

²⁶ SARLET, 2021, p. 104

²⁷ NASCIMENTO, Pâmela. **O movimento LGBT Brasileiro e a necessidade de Judicialização da**

O fenômeno mencionado acima, pode ser analisado sobre várias óticas. Segundo Estefânia Barboza²⁸, com a concepção de Constitucionalismo e da previsão de pautas políticas na Constituição, alavancaram a ideia de possibilidade do Poder Judiciário lidar com pautas políticas, como sendo matéria Constitucional. Assim, a sociedade abarca o Judiciário para resoluções de interesses. Mesmo que esses interesses sejam de ordem e disposição do Congresso Nacional.

Para Ran Hirschl²⁹, a judicialização pode ser caracterizada em 3 dimensões, sendo que a primeira diz respeito ao aumento de questões da esfera política para a judicial, sendo própria a tomada das relações sociais pelas leis. A segunda, é o reforço do Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade de políticas públicas, principalmente do que se refere o art. 5º da CRFB. E a terceira, está relacionada a judicialização da política macro, onde os Tribunais decidem questões de viés políticos e até morais, amplas e de supra importância para a sociedade.

É possível verificar que no mundo, assim como no Brasil, as decisões de Cortes Superiores, cada vez mais abrangem o viés político, em decisões sobre políticas públicas de responsabilidade do Congresso legislativo, sofrendo assim diversas críticas quanto a essa atuação.

Para tanto, é necessário que se faça uma delimitação das atribuições de cada Poder. O Princípio da Autorrestrrição para Canotilho³⁰, é equivalente “aos juízes autolimitar-se as suas decisões de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas”.

Em frente à inércia do Poder Legislativo em aprovar algum projeto de lei que versasse sobre a criminalização da Homofobia, o Brasil tornava-se à longos passos um país estruturalmente homofóbico, em decorrência da impunibilidade de quem cometia atitudes supramencionadas.

A punição às discriminações homofóbicas não poderia ocorrer, uma vez que o artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil, discorre sobre o Princípio da Legalidade, estipulando que: “não há crime sem lei anterior que

Política frente à vulnerabilidade legislativa. Novos Saberes (ISSN: 2359-1986), v. 6, n. 2, 2019.

²⁸BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Judicialização da política: um fenômeno jurídico ou político?. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v.10, n. 39, p. 113-126, jan./mar. 2010.

²⁹ HIRSCHL, 2009, loc. cit.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1224.

o defina, nem pena sem prévia cominação legal”³¹. Desta forma, diante da ausência de legislação a respeito da homofobia, o Poder Judiciário estava de “mãos atadas”.

Nos ensinamentos de Nucci, temos que³²:

Desse modo, por mais grave que possa ser determinada conduta, trazendo resultados catastróficos à sociedade, o mais relevante, para que exista a possibilidade de punição na órbita penal, é a sua expressa previsão em algum tipo penal incriminador. Afinal, crime é a conduta descrita em tipo penal incriminador; ausente a descrição, inexistente o delito.

Em razão disso, resta evidente a impossibilidade de punição para a homofobia, tendo em vista que esta não estava enquadrada em nenhum tipo penal, sendo, portanto, até então, apenas uma conduta não tipificada. E apesar de ser algo comum perante a sociedade, confundir uma conduta com crime, não era uma tarefa a ser adotada pelo Poder Judiciário.

Ocorre que até o julgamento da ADI 26 e MI nº 4733, que comparou o crime de homofobia ao crime de racismo, os crimes relacionados à homofobia, apesar de frequentes, ainda não estavam expressamente elencados na legislação brasileira.

Segundo Daniel Borillo, a distinção da homofobia e as outras maneiras de inferiorização, dar-se-á:

Diferentemente de outras formas de hostilidade, o que caracterizaria a homofobia, portanto, é o fato de que ela visa, sobretudo, indivíduos isolados, e não grupos já constituídos como minorias. O homossexual sofre sozinho o ostracismo associado à sua homossexualidade, sem qualquer apoio das pessoas à sua volta e, muitas vezes, em um ambiente familiar também hostil. Ele é mais facilmente vítima de uma aversão a si mesmo e de uma violência interiorizada, suscetíveis de levá-lo até ao suicídio³³.

Evidente, portanto, que ainda que possuam algumas similaridades, a homofobia e o racismo se divergem no tocante à prática e ao discurso de cada um deles. De acordo com Rogério Junqueira a sociedade em que estamos inseridos consegue compreender o racismo como algo proibido e passível de punição, ao passo que a homofobia funciona como método de aceitação dentro de uma série de grupos sociais³⁴.

³¹ BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. Art. 5º, inciso XXXIX. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 83

³³ BORILLO, Daniel. **Homofobia: História e crítica de um preconceito**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2 reimp. Belo Horizonte: Autêntica, 2015, p. 40

³⁴ JUNQUEIRA, Rogério Diniz. **Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas**. Bagoas – Estudos gays: gêneros e sexualidades. Natal, v. 1, n. 1, p. 8-9, jul/dez. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2256>. Acesso em: 26 de maio de 2023.

3.2 A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL ANTERIOR A DECISÃO DO STF

Conforme apresentado por Enézio Júnior os crimes diretamente relacionados à homofobia sofreram um grande aumento de seus índices, de maneira que os criminosos os faziam utilizando-se de atos físicos, verbais e violência. Com isso, as ações supracitadas poderiam ser diretamente relacionadas a algumas tipificações do Código Penal Brasileiro³⁵.

Dentre essas tipificações, as ações violentas homofóbicas poderiam se correlacionar com o crime de Homicídio, cuja previsão se dá no artigo 121 do Código Penal. A ação central deste tipo penal encontra-se no ato de “matar”.

Ainda, de acordo com Júnior, o dispositivo supracitado não menciona sexo, orientação sexual ou outra particularidade, enfatizando que o dispositivo não aumenta a pena nas hipóteses de o crime ser cometido por questões relacionadas às opções sexuais, configurando a homofobia³⁶.

Nesta linha de raciocínio, existe uma série de julgados do Superior Tribunal de Justiça, que demonstram a não tipificação de crimes relacionados à homofobia, vejamos:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO TORPE. RECURSO QUE DIFICULTOU OU TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DA VÍTIMA. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. EVENTUAL DELONGA SUPERADA. CUSTÓDIA FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO EVENTO DELITUOSO. GRAVIDADE DIFERENCIADA. HISTÓRICO CRIMINAL DO AGENTE. REINCIDÊNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO EFETIVO. NECESSIDADE DA PRISÃO. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE O PROCESSO. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. O STF, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício. 2. Proferida sentença, está prejudicada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, pois entregue a prestação jurisdicional. 3. Caso em que o réu foi condenado porque, após breve ameaça aos ofendidos, voltou ao estabelecimento comercial onde eles se encontravam e lá, de inopino e mediante o uso de arma cortocutundente, investiu sobre a primeira

³⁵ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Assassinatos de Homossexuais e Travestis**: Estado, Sociedade e Famílias em Face da Violência Homo(trans)fóbica. 2011. Tese (Mestrado)- Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2011.

³⁶ SILVA JÚNIOR, 2011, loc. cit.

vítima golpeando-a na nuca, em seguida golpeou o segundo ofendido, lesionando-o na cabeça e antebraço direito, não os matando por circunstâncias alheias à vontade do ofensor, e tudo ao que parece **motivado por sentimento de homofobia**, circunstâncias que revelam a reprovabilidade diferenciada das condutas perpetradas, autorizando sua manutenção no cárcere. 4. O fato de o agente possuir condenação definitiva por tráfico de drogas, suportar outra condenação recorrível pela prática da narcotraficância e possuir registros por violência no âmbito doméstico - é circunstância que revela sua periculosidade social e a inclinação à prática de crimes, demonstrando a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir, autorizando a preventiva. 5. A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se persistem os motivos para a segregação preventiva. 6. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade. 7. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social da reprodução de fatos criminosos. 8. Habeas corpus não conhecido. (HC 367118 / RS, 2016/0214426-9- HABEAS CORPUS; Ministro JORGE MUSSI; QUINTA TURMAN)

Na mesma toada entende-se também que:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DOIS HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. UM CRIME TENTADO E O OUTRO CONSUMADO. EMPREGO DE RECURSO QUE DIFICULTOU OU TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DAS VÍTIMAS. MOTIVO TORPE. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DA FASE DO JUDICIUM ACCUSATIONIS. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. EVENTUAL DELONGA SUPERADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 21/STJ. NEGATIVA DE AUTORIA E MEDIDAS ALTERNATIVAS. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM NO ACÓRDÃO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INST NCIA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNST NCIAS DO CRIME. GRAVIDADE DIFERENCIADA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEV NCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO EM PARTE CONHECIDO E NESSE PONTO IMPROVIDO. 1. Pronunciado o réu, fica superada eventual delonga em sua prisão decorrente de excesso de prazo na finalização da primeira etapa do processo afeto ao Júri (judicium accusationis), consoante o Enunciado n.º 21 da Súmula desta Corte Superior de Justiça. 2. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da alegada negativa de autoria e da possibilidade de aplicação de medidas cautelares alternativas, tendo em vista que tais questões não foram analisadas pelo Tribunal impetrado no aresto combatido. 3. Não há o que se falar em constrangimento ilegal quando a constrição está devidamente justificada na garantia da ordem pública, diante da gravidade acentuada do delito. 4. Caso em que o recorrente é acusado por dois homicídios qualificados, sendo um crime consumado e o outro tentado, **cometidos, em tese por homofobia**, em concurso de 9 (nove) agentes, que, em unidade de desígnios, abordaram as vítimas em via pública e, mediante recurso que dificultou sua defesa, passaram a agredi-las brutalmente com facadas, pedradas, chutes e socos. 5. Condições pessoais favoráveis não possuem o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade. 6. Recurso em parte conhecido e, nessa extensão, improvido. (RHC 56168 / BA- RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 2015/0020410-0; Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO; QUINTA TURMA)

Nota-se, portanto, que os crimes cometidos por motivo relacionado às questões homofóbicas, não possuíam uma tipificação exclusiva no Código Penal Brasileiro, sendo enquadrados na qualificadora de “Motivo Torpe”.

Diante da necessidade de legislação acerca do tema supramencionado, uma série de propostas voltadas à inclusão da população LGBTQIA+ na esfera jurídica nacional foram apresentadas com o decorrer dos anos. Dentre eles, um de maior relevância foi o PLC 122/2006.

O PLC 122/2006, tinha como principal objetivo criminalizar a homofobia, definindo assim os atos criminosos que fossem decorrentes de quaisquer tipos de preconceito direta ou indiretamente relacionado com a homofobia. O referido projeto foi arquivado no ano de 2015, de acordo com os regimentos internos do Senado Federal. Tem-se, portanto, o projeto foi arquivado sem seu apreciação, por questão de regimento interno, vejamos:

O regimento determina que todas as propostas tramitando há mais de duas legislaturas sejam arquivadas. Entretanto, essas proposições ainda podem tramitar por mais uma legislatura, caso seja aprovado em Plenário requerimento de pelo menos 27 senadores. Ao final da terceira legislatura, se não houver decisão, a proposta deve ser arquivada definitivamente, situação em que se encontra o PLC 122/2006.³⁷

Uma das vertentes do projeto supracitado, era modificar a Lei 7.716/89. A redação original da lei acima mencionada, vinculava que: “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, enquanto o PLC tentou acrescentar a estes delitos, a homofobia em todas as suas formas, seja ela praticada contra gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

4. O ATIVISMO JUDICIAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

4.1 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para exemplificar esse fenômeno do ativismo judicial, será analisado o julgado do Supremo Tribunal Federal de 2019 que criminaliza a homofobia e a transfobia no país.

³⁷ Senado arquiva mais de 3,2 mil proposições seguindo regra regimental. **Agência Senado**, 2023. Disponível em : <https://l1nq.com/smrkW>. Acesso em: 15 junho 2023.

Trata-se do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26 com autoria do Partido Popular Socialista e do Mandado de Injunção nº4733 com autoria Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, que buscaram o amparo de uma decisão judicial para que tal conduta viesse a ser criminalizada.

No ano de 2013, foi realizado requerimento para que as condutas de homofobia e transfobia fossem equiparadas aos crimes previstos na Lei nº 7.716/89, Lei do Racismo. O requerimento ficou nas mãos da corte por 07 anos, só vindo a ser decidido em junho de 2019.³⁸

Em decisão o Plenário da Corte, reconheceu que existe uma omissão por parte do Congresso Nacional, ao não elaborar uma lei que criminalize a consulta de homofobia e transfobia. O Supremo Tribunal Federal, constatou a demora em incriminar, condutas de atos atentatórios a integrantes da comunidade citada.³⁹

Em sua tese o relator Min. Celso de Mello, considerou alguns pontos, dentre eles é que até que o congresso edite uma lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, devem se enquadrar nos crimes previstos na lei de racismo, sendo essas condutas reais ou supostas. Nas ações que resultem em homicídio doloso, na incidência de motivação homofóbica, esta qualifica crime por motivo torpe⁴⁰.

Segundo o Ministro ainda, ao conceder esse entendimento de equiparar a homofobia ao crime de racismo, a Suprema Corte não estaria afrontando o princípio da legalidade penal, muito menos ferindo o princípio da Separação dos Poderes, até que o Congresso legisle sobre a temática. Pois, essa atuação é trazida na própria Constituição da República, bem como inserida pela reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional 45/2004⁴¹.

Acompanhando o Relator o Ministro Gilmar Mendes entendeu ainda, que compreensão comunicada pelos relatores de que a Lei do Racismo também pode

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF: 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 28 de maio de 2023.

³⁹ STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. **Portal STF**, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 28 de maio de 2023.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ DISSENHA, R. C.; Martins C. S. From Ellwanger case to homophobia's criminalization: the Supreme Federal Court Legislative activity and the absolute law reserve in criminal matters violation. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 172/2020, p. 383-419. Out. 2020. Disponível em: <https://encr.pw/cSBAF>. Acesso em: 11 jun. 2023.

acolher os membros da comunidade LGBTQI+ e seria compatível com a Constituição Federal⁴².

Assim, como entenderam outros seis Ministros dentre eles Edson Fachin, Luiz Fux, Carmem Lúcia, Rosa Weber, Alexandre de Moraes e Luiz Roberto Barroso.

Contudo, o Ministro Ricardo Lewandowski abriu uma divergência na discussão, para ele, não se enquadra a homofobia e a transfobia na Lei do Racismo, seria necessário elaboração de lei específica para que seja viável a punição penal de determinado delito. Mesmo reconhecendo a mora em legislar sobre o tema. Cita o Ministro:

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 todos⁴³.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, seguindo Lewandowski declara que a Corte, historicamente e nas últimas décadas, tem contribuído para a consolidação dos direitos da comunidade LGBT. Desconhecendo o Mandado de Injunção ao alegar que, inexistente o direito subjetivo à criminalização de outrem e apoiou que a ADO seria meramente declaratória, não implicando efeitos constitutivos, para se posicionar contrariamente ao pleito de criminalização da homofobia⁴⁴.

Dessa forma, baseou-se no princípio da reserva legal para fundamentar seu voto, defendendo que a competência do Congresso Nacional para criação de leis penais. Para ele a Lei do Racismo, tem rol taxativo em relação as condutas previstas, não podendo ser ampliada⁴⁵.

O Plenário, em sua maioria aprovou a tese recomendada pelo Ministro relator Celso de Mello. A asserção afirma que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis. Restando vencido o ministro Marco Aurélio⁴⁶.

⁴² STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. **Portal STF**, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 11 jun. 2023.

⁴³ LEWANDOWSKI. Enrique Ricardo. **ADO 26 e MI 4733**. Supremo Tribunal Federal. 2019. Disponível em: [ADO26votoRL.pdf \(stf.jus.br\)](https://portal.stf.jus.br/ado26votoRL.pdf) . Acesso em: 11 jun. 2023.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ DISSENHA, 2020, loc. cit.

⁴⁶ STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. **Portal STF**, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 11 jun. 2023.

4.2 A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

De acordo com o propositor da ADO 26 e do MI 4733, o Estado deixava de cumprir seu papel de proteção à medida que suas atuações se insurgiram de modo escasso ao deixar de lado a elaboração de leis que versassem sobre a proteção da população LGBT, como por exemplo criminalizar a homofobia. A falta de previsão legal no intuito de criminalizar a homofobia, evidencia essa insuficiência estatal no quesito de proteção dessa comunidade.

Lênio Streck, a respeito dessa proteção insuficiente, ensina que:

A inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador⁴⁷.

Inicialmente, a aplicação dos meios de ação constitucional como forma de solucionar o problema em questão visava proteger efetivamente os direitos que, por muitos anos, estavam desprotegidos pelo Estado, sem panorama algum de serem abordados pelo Poder Legislativo, que, como já mencionado, deixou de abordar o assunto, independentemente do motivo de tal decisão.

É sabido que o argumento da falta de proteção adequada não foi o único fator que influenciou o resultado das ações tratadas neste capítulo. Uma série de dados e conhecimentos provenientes de anos de pesquisas comprovaram ao julgador a necessidade real de proteger e garantir referidos direitos.

De uma perspectiva imparcial, não existiria impedimento em aplicar esse princípio com o intuito de demonstrar a omissão legislativa, notificando o Congresso Nacional, e assim abrindo a possibilidade de que, dentro de um prazo razoável, sejam estabelecidas normas asseguradoras para executar os direitos pendentes de regulamentação. No entanto, ao extrapolar os limites institucionais com o objetivo de tipificar crimes homofóbicos equiparando ao crime de racismo, por meio da proteção

⁴⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; et. al. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. Senso Incomum, **Revista Consultor Jurídico**. 21 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 15 jun. 2023.

insuficiente, estar-se-á excedendo também o limite delimitado pelas funções delegadas a cada Poder Estatal.

Válido salientar ainda, parte de artigo apresentado por Clèmerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Lênio Luiz Streck e Flávio Pansieri:

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 jurisdicional⁴⁸.

Dessa forma, não se justificaria qualquer decisão, por mais positiva à sociedade que fosse, para sanar um vácuo deixado pelo legislador, em nome da vedação de proteção insuficiente, para trazer para si uma função que não lhe é constitucionalmente prevista. Assim, sob essa ótica, não seria justificável a deliberação, ainda que benéfica à sociedade, para suprir uma lacuna originada pelo legislador, em virtude da proibição de proteção inadequada, a fim de assumir uma atribuição que não lhe é atribuída pela Constituição.

Nesse diapasão, Marcelo Casseb Continentino, expõe que:

É possível, assim, admitir que de uma só vez esteja o Supremo, por essa decisão, extrapolando as recomendações de dois dos grandes pensadores de nossas instituições políticas e constitucionais: de Kelsen, quando justificava que o tribunal constitucional deveria ser um “legislador negativo”, jamais “legislador positivo”; de Montesquieu, ao advertir que “se o poder de julgar não for separado do poder legislativo (...) o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador”⁴⁹.

Faz-se necessário, ainda, no caso em tela apresentar o princípio da legalidade, segundo o qual não existe crime, nem pena sem que exista lei. Nesse sentido, a elaboração de normas penais que venham a criminalizar e punir uma série de condutas, só pode ocorrer através de lei.

Rogério Greco, ao discorrer sobre o tema, afirma que:

É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do direito penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção.

⁴⁸ CLÈVE, 2014, loc. cit.

⁴⁹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Omissão normativa ou excesso institucional? Mais um dilema do Supremo. **Revista Consultor Jurídico**, 13 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-13/observatorio-constitucional-omissao-normativa-ou-excesso-institucional-dilema-stf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em direito penal⁵⁰.

Por isso, pode-se concluir que a criminalização de comportamentos e atitudes, deve ser realizada por meio de lei. Nesse sentido, Badaró, nos revela que:

Mormente quando se está cogitando do conteúdo de um tipo penal, em relação ao qual há garantia constitucional de reserva de lei, é inaceitável que o julgador possa considerar crime condutas que o legislador não tipificou. Admitir isso seria substituir o princípio de legalidade por um de “jurisdicionalidade”! Isso porque, a conduta criminosa estará sendo determinada, em última análise, não pelo legislador, mas por um órgão judiciário⁵¹.

Nesse sentido, mesmo que seja atestada a delonga do legislador em estabelecer uma lei que criminalize ações homofóbicas, o Poder Judiciário, configurado pelo Supremo Tribunal Federal, no caso em questão, que possui encargo predominantemente jurisdicional, não pode exercer funções legislativas. Isso inclui a ampliação do conceito de racismo para abranger discriminações e preconceitos direcionados à população LGBTQIA+, com o risco de transgredir uma série de princípios, dentre eles o da separação dos poderes e o da reserva legal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho pautou-se em analisar de forma prática o ativismo judicial das decisões do Supremo Tribunal Federal que criminalizaram a homofobia e transfobia, por meio da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão nº26 e do Mandado de Injunção nº4733, e de qual maneira os julgamentos ensejaram uma concebível afronta ao Princípio da Separação dos Poderes.

A priori, foi apresentado uma breve contextualização da origem do Princípio supracitado, criando um mecanismo capaz de limitar o poder, por meio de freios e contrapesos. Trazendo uma perspectiva no Constitucionalismo e no Neoconsitucionalismo com foco atual em uma Constituição voltada para garantir os direitos e garantias fundamentais, com atuação maior do Judiciário como garantidor.

⁵⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 174

⁵¹ BADARÓ, Gustavo. Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista. **JOTA**, 2019. Disponível em: <https://encr.pw/u3QmY>. Acesso em: 16 jun. 2023.

Antes de adentrar especificamente na análise dos julgamentos, foi demonstrado a não tipificação da conduta homofóbica no ordenamento jurídico nacional, sendo essa não sendo considerada crime, por falta de lei específica.

Com o estabelecimento das premissas anteriores, aprofundou-se no ativismo judicial presente no julgamento da ADO nº26 e do MI nº4733. Nas decisões é equiparado as condutas homofóbicas e transfóbicas com as tipificadas na Lei 7.716/89.

A luz do exposto, conclui-se que a interpretação dada pela maioria dos Ministros, diverge do esperado pelo ordenamento jurídico nacional, uma vez que o Poder Judiciário não possui legitimidade para legislar. Já que ao decidir de tal modo sobre o tema adentraram no rol de funções do Poder Legislativo. Ainda, observou-se a violação de Princípios Fundamentais do Direito Penal: a reserva legal e a legalidade nas decisões supracitadas.

Desta Forma, externou-se com o auxílio de diversos elementos que a decisão do Suprema Corte, ao mesmo tempo que busca suprir lacunas legislativas para garantir a proteção de garantias e direitos fundamentais, fere um dos princípios basilares da Constituição: Princípio da Separação dos Poderes. Conclui-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal ao julgar sobre o tema, adentrou em atribuições que não são de sua competência.

6. REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Constitucionalismo**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

BADARÓ, Gustavo. Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista. **JOTA**, 2019. Disponível em: <https://encr.pw/u3QmY>. Acesso em: 16 jun. 2023.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Judicialização da política: um fenômeno jurídico ou político?. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v.10, n. 39, p. 113-126, jan./mar. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 240, p. 1-42, abril, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BORILLO, Daniel. **Homofobia: História e crítica de um preconceito**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2 reimp. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 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. Brasília, DF: 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 28 de maio de 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; et. al. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. Senso Incomum, **Revista Consultor Jurídico**. 21 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 15 jun. 2023.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. Neconstitucionalismo(s). 5. ed. Miguel Carbonell (ed.) Madrid: Trotta, 2005.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Omissão normativa ou excesso institucional? Mais um dilema do Supremo. **Revista Consultor Jurídico**, 13 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-13/observatorio-constitucional-omissao->

normativa-ou-excesso-institucional-dilema-stf. Acesso em: 15 jun. 2023.

DISSENHA, R. C.; Martins C. S. From Ellwanger case to homophobia's criminalization: the Supreme Federal Court Legislative activity and the absolute law reserve in criminal matters violation. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 172/2020, p. 383-419. Out. 2020. Disponível em: <https://encr.pw/cSBAF>. Acesso em: 11 jun. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.251, p. 139-178, mai. 2009.

IGNÁCIO, Renata Rossi. O Constitucionalismo e a realidade Latino-Americana: Análise Crítica do Contexto Brasileiro. Revista dos Tribunais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 113/2019, p. 265-289, Maio/Jun. 2019.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. **Homofobia**: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. Bagoas – Estudos gays: gêneros e sexualidades. Natal, v. 1, n. 1, p. 8-9, jul/dez. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2256>. Acesso em: 26 de maio de 2023.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **ADO 26 e MI 4733**. Supremo Tribunal Federal. 2019. Disponível em: [ADO26votoRL.pdf \(stf.jus.br\)](#) . Acesso em: 11 jun. 2023.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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

NASCIMENTO, Pâmela. **O movimento LGBT Brasileiro e a necessidade de Judicialização da Política frente à vulnerabilidade legislativa**. Novos Saberes (ISSN: 2359-1986), v. 6, n. 2, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

Senado arquiva mais de 3,2 mil proposições seguindo regra regimental. **Agência Senado**, 2023. Disponível em : <https://11nq.com/smrkW>. Acesso em: 15 junho 2023.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Assassinatos de Homossexuais e Travestis: Estado, Sociedade e Famílias em Face da Violência Homo(trans)fóbica**. 2011. Tese (Mestrado)- Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. Ed. São

Paulo: Malheiros Editores, 2016.

STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. **Portal STF**, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 28 de maio de 2023.

STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. **Portal STF**, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 11 jun. 2023.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. Dezessete anos de judicialização da política. Tempo Social. **Revista de Sociologia da USP**. v. 19, n. 2, p. 39–85, nov. 2007.