

**UNILEÃO**  
**CENTRO UNIVERSITÁRIO DOUTOR LEÃO SAMPAIO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MELISSA ARRAES DE OLIVEIRA

**A CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO CRIME DE HOMOFOBIA: UMA ANÁLISE  
SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL E SUA AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE  
DEMOCRÁTICA**

JUAZEIRO DO NORTE-CE

2021

MELISSA ARRAES DE OLIVEIRA

**A CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO CRIME DE HOMOFOBIA: UMA ANÁLISE  
SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL E SUA AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE  
DEMOCRÁTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso – *Artigo Científico*, apresentado à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio, em cumprimento às exigências para a obtenção do grau de Bacharel.

**Orientador:** Me. Rita Fabiana Arrais do Nascimento.

JUAZEIRO DO NORTE-CE

2021

MELISSA ARRAES DE OLIVEIRA

**A CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO CRIME DE HOMOFOBIA: UMA ANÁLISE  
SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL E SUA AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE  
DEMOCRÁTICA**

Este exemplar corresponde à redação final aprovada do Trabalho de Conclusão de Curso de  
MELISSA ARRAES DE OLIVEIRA.

Data da Apresentação \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Me. Rita Fabiana Arrais do Nascimento

Membro: Prof. Esp. José Boaventura Filho

Membro: Prof. Esp. Francisco José Martins Bernardo de Carvalho

JUAZEIRO DO NORTE-CE

2021

# **A CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO CRIME DE HOMOFOBIA: UMA ANÁLISE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL E SUA AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

Melissa Arraes de Oliveira <sup>1</sup>

Rita Fabiana Arrais do Nascimento<sup>2</sup>

## **RESUMO**

O presente artigo científico tem por objeto a análise do ativismo judicial e a sua ausência de legitimidade democrática, resultando em uma insegurança jurídica que permeia as decisões tomadas no Supremo Tribunal Federal e as consequências dessas decisões na prática. Enquanto objetivo geral, esta pesquisa se compromete a examinar a decisão que equivaleu à criação de uma conduta de criminalização da homofobia por decisão judicial em matéria de ADO, investigando se ela é capaz de ferir o Princípio da legalidade vigente no Direito Penal, e que, muito embora correta do ponto de vista jurídico, careceram de legitimidade política. O artigo se vale ainda de objetivos específicos que dão fundamento à escrita dos tópicos aqui desenvolvidos. Para tal, vale-se do método de pesquisa bibliográfico, que se pauta em uma revisão de literatura, por ser o trabalho fixado no debate de campo teórico, adotando como referencial teórico autores que discutem o Direito Penal e Constitucional Brasileiro com maestria, sendo eles: Anna Cândida Ferraz, Rogério Sanches Cunha e o próprio texto constitucional.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial; Insegurança Jurídica; Criminalização da homofobia; Imprevisibilidade; Competência

## **ABSTRACT**

This scientific article aims to analyze judicial activism and its lack of democratic legitimacy, resulting in a legal uncertainty that permeates the decisions taken by the Supreme Court and the consequences of these decisions in practice. As a general objective, this research undertakes to examine the decision that amounted to the creation of a conduct of criminalization

---

<sup>1</sup> Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/Unileão

<sup>2</sup> Professora do Centro Universitário de Ciências Aplicadas Doutor Leão Sampaio, graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Regional do Cariri (2001) e Mestrado em Sociologia pela Universidade Federal da Paraíba (2008) ritafabiana@leaosampaio.edu.br

of homophobia by judicial decision in matters of ADO, investigating whether it is capable of violating the Principle of legality in force in Criminal Law, and that, although legally correct, they lacked political legitimacy. The article also draws on specific objectives that support the writing of the topics developed here. To this end, it uses the bibliographic research method, which is based on a literature review, as the work is fixed in the theoretical field debate, adopting as a theoretical reference authors who masterfully discuss Brazilian Criminal and Constitutional Law: Anna Cândida Ferraz, Rogério Sanches Cunha and the constitutional text itself.

**Keywords:** Judicial activism; Juridical insecurity; Criminalization of homophobia; Unpredictability, Jurisdiction.

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira tem assistido a uma crescente migração da discussão de temas que lhe são caros da esfera política para o ambiente judicial. A título de exemplos, mencionamos a judicialização da discussão a respeito da criminalização da homofobia. O presente projeto tem como abordagem principal a análise do conteúdo concernente ao instituto do ativismo judicial em matéria penal no Brasil ao criminalizar a homofobia. Tendo em vista a análise da Teoria de Freios e contrapesos. Segue-se argumentando que atualmente o STF passa a exercer, além do controle de constitucionalidade das leis, também o chamado controle de razoabilidade das leis. Sendo que, ao decidir se determinada conduta é ou não crime, prevalece certamente a preferência (pessoal) de cada julgador, de modo a romper a regra essencial do Estado Democrático do Direito, de que ao Judiciário é vedada a função legislativa.

Soluções adotadas na seara judicial, notadamente no reconhecimento de garantias fundamentais, podem ser tão frustrantes quanto a inação ou morosidade política dos demais poderes. Em outras palavras não é a decisão judicial que muda a realidade social. Apreciaremos, então, algumas alternativas jurídicas e políticas quanto o poder legislativo retome a consciência do seu papel e as rédeas de sua atividade.

Portanto, pelas justificativas ora apresentadas, observa-se a relevância e a atualidade da discussão acerca do ativismo judicial sob o enfoque proposto, na medida em que a propagada máxima efetividade da Constituição pode ser frustrada pela impossibilidade material do Poder Judiciário para, sozinho, implementar a homofobia no rol de crimes previstos em nosso código penal.

A trajetória da ascensão do Poder Judiciário causa espécie de um poder que se neutralizava em si mesmo por força de duas características; (1) modo de formar os tribunais; (2) Modo de decidir dos juízes, não merecendo, por isso, grandes preocupações quanto aos seus

limites (AMARAL JUNIOR, 2008, p.58); para, hodiernamente, uma tábua de salvação ante à crise de legitimidade do Legislativo e no Executivo (BARROSO, 2007, p. 40).

A preponderância atual do Judiciário, no cenário brasileiro, não pode diminuir os valores democráticos, na medida em que é propriamente a democracia que permite alterações sociais sem o recurso à via cruenta da revolução, e sem o derramamento de sangue (BOBBIO, 1997). Em nossa leitura, tal só é possível porque as paixões humanas foram transpostas para a política e a possibilidade de alternância, pelo voto, é favor de pacificação social e mecanismo de aprendizagem democrática entre erros e acertos.

No âmbito interno, merecem atenção os casos de notória atuação proativa do STF em tema como a equiparação da homofobia ao crime de racismo. Na doutrina nacional a análise da obra de Anna Cândida nos fornecerá argumentos críticos ao Ativismo Judicial a termo pelas cortes brasileiras. Ademais, no aspecto propositivo de nossa dissertação, ou seja, as possibilidades jurídicas e políticas para contenção do Ativismo judicial a cargo do Supremo Tribunal, a obra de Rodrigo Brandão é rico manancial.

Assim, mostra-se fundamental a reunião de literatura nacional sobre esse tema, como forma de elaborar um referencial teórico apropriado para pesquisa ora proposta. No que se refere aos métodos científicos, basicamente serão adotados os que são de natureza descritiva e analítica, considerando a necessidade de demonstrar o contexto político e jurídico institucional das relações entre Judiciário e Legislativo.

Buscando desenvolver uma crítica metodológica; a pesquisa exordial, ocorrerá com panorama em obras e artigos que apresentarem pertinência temática, onde será feita a pesquisa bibliográfica e documental.

Mostra-se necessário aprofundado estudo bibliográfico da doutrina respeitando o Direito Constitucional e Direito Penal mormente daquela que versa sobre representação democrática, separação de poderes, direitos políticos, direitos fundamentais, e a criação de crimes. Igualmente, por se tratar de um estudo que envolve uma realidade não somente normativa, mas empírico-jurisprudencial, o objeto investigado compreende ainda a análise pormenorizada das decisões do Supremo Tribunal Federal no tema já destacado. Pretendemos, entretanto, identificar e aprofundar a análise do julgado do STF a fim de verticalizar e comprovar a hipótese.

## 2 ANÁLISE DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER LEGISLATIVO NA TIPIFICAÇÃO DE CONDUTAS CRIMINOSAS

### 2.1. DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES E O CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO

Conforme a Constituição Federal em seus artigos 45 a 75 (FEDERAL, 1988), o Poder Legislativo tem como uma de suas funções típicas legislar, sendo este tema construído a partir do objetivo específico que busca identificar a competência exclusiva do mesmo em decidir se determinadas práticas configuram ou não um crime, isto é, visando esclarecer a questão da competência no ato de tipificar condutas como criminosas.

Assim, adentrando na discussão sobre competências, é fundamental de imediato traçar uma ideia objetiva sobre a separação de poderes, conceito que fundamenta o Estado de Direito Democrático e a segurança jurídica nacional, para tanto, temos o que nos afirma João Maurício Adeodato, prestigiado filósofo e jurista brasileiro em artigo intitulado “Adeus à separação de poderes”, no qual ele define a separação de poderes da seguinte maneira:

Na Constituição de 1988, a “separação de poderes” está logo no art. 2º, sob o título dos princípios fundamentais, e constitui uma das quatro cláusulas pétreas do ordenamento jurídico brasileiro (art. 60, § 4º, III). Historicamente, designa um dos pilares na origem do Estado Democrático de Direito no Ocidente, ao lado de outros também importantes, como o individualismo possessivo e a legalidade exegética iluminista. Nasce no contexto do constitucionalismo liberal do século XVIII, o primeiro movimento constitucionalista, com sua defesa dos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, sua crença na “mão invisível” do mercado e o otimismo – ingênuo aos olhos contemporâneos – quanto às possibilidades da “razão” (ADEODATO, 2009, p. 155).

É possível perceber, a partir das palavras de Adeodato, que a separação de poderes tem o cunho de administrar e proteger o Estado Democrático de Direito e essa ideia evolui desde o período da Idade Moderna, onde a ideia da separação dos poderes foi esculpida de maneira mais definida através do legado teórico de John Locke e Montesquieu.

Locke, considerado o pai do empirismo e pai do liberalismo, propôs através de suas teorias um tipo de governo limitado que funcionaria a partir de um pacto contratual entre o governante e a massa, isto é, o povo/sociedade. Esse pacto contratual tomou por base a constituição, o que deu luz à possibilidade de um governo regido por uma Carta Magna, na qual o governante poderia ser destituído a qualquer momento pela própria sociedade (LOCKE, 2018).

A partir de um momento histórico tomado pela assinatura da *Bill of Rights* (literalmente traduzida como “declaração de direitos”, constituída enquanto uma carta que limitava o poder do governo do rei) têm-se a construção do que foi o início do Estado de Direito, pois a partir dessa declaração, o rei não tinha mais o poder de revogar de maneira arbitrária as decisões tomadas pelo parlamento, ou sequer impedir a execução das leis elaboradas pelos parlamentares (MENDES, 2011).

Esse foi o berço do conceito de separação de poderes, em consequência do rei ter seus poderes limitados em detrimento do parlamento, pois cabia a ele a decisão de reforma e elaboração de leis que se direcionassem ao povo. Assim, a separação dos poderes teve consequência direta na maneira em que a administração do Estado Inglês foi realizada, influenciando futuramente Estados como os Estados Unidos da América e grande parte da Europa.

Em “Segundo Tratado Sobre a Separação dos poderes, Locke (2018) definia a linha de separação dos poderes em três, sendo eles: o Poder Executivo; o Poder Legislativo; e o Poder Federativo - que aqui, ainda não sendo demonstrado como o modelo que adotamos hoje que agrega o Poder Judiciário, compreende-se o Poder Federativo em Locke como aquele que trata da segurança social.

No entanto, no modelo de Locke ainda havia uma definição de superioridade entre poderes, sendo o Poder Legislativo destacado em uma hierarquia superior aos demais poderes. Contudo, foi a partir de Montesquieu que se fez surgir a ideia de separação de poderes como se concretiza hoje nas mais diversas sociedades e nações do globo, sendo estes: Poder Legislativo, Executivo e Judiciário (MENDES, 2011).

## 2.2. DE QUEM É A COMPETÊNCIA EM TIPIFICAR CRIMES?

A partir do que foi analisado enquanto a construção da separação dos poderes e a sua importância para a construção de um Estado Democrático de Direito, busca-se analisar as competências do Poder Legislativo e a necessidade de manutenção dessas competências.

Longe de trazer o debate para uma questão moral ou social, o intuito da pesquisa não se encontra em validar ou desvalidar atitudes homofóbicas, em outras palavras, não se baseia no campo do Moral ou da Ética, assim como não busca responder questões de cunho socio-estrutural sobre a discussão da prática da homofobia, mas se funda, simples e objetivamente, na inconstitucionalidade formal de sua tipificação.



Os embates entre o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal, relacionados ao exercício de competências exclusivas ou privativas, no âmbito do Congresso Nacional ou de suas Casas Legislativas, têm suscitado vários conflitos. Nesses casos, em regra, o confronto surge, principalmente, em razão de o Poder Legislativo alegar sua independência e, em consequência, a inviabilidade de o STF adentrar no exame de matérias típicas do Poder Político por excelência, nos termos previstos na Constituição de 1988, inclusive no que diz respeito aos direitos das minorias parlamentares ou de direitos próprios de parlamentares individualmente considerados (FERRAZ, 2016, p. 189).

Desse modo, é necessário que possamos compreender como se dá o processo de tipificação de crimes e a quem cabe a competência em realizar tais especificações. Assim, quem pode legislar sobre Direito Penal?

A Constituição Federal (1988) traz em seu corpo normativo, no art. 22, I, que compete somente à União a criação de Leis sobre Direito Penal, isto é, compete privativamente ao Estado legislar sobre Direito Penal Objetivo, haja vista que o mesmo é o único capaz de exercer o *ius puniendi*. Assim, explicita-se no “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (FEDERAL, 1988).

A única exceção à essa regra feita pela Carta Magna (1988) é a possibilidade de os Estados-membros produzirem normas de cunho do Direito Penal, sendo este autorizado por Lei Complementar Federal para agir em questões deveras específicas de natureza local. Nessa feita, traz o art. 22 em seu parágrafo único: “Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

O art. 63 da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), por exemplo, pune com reclusão, de 1 a 3 anos, e multa, “*alterar aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico ou artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida*”. Nestes casos, a lei ou ato administrativo criado para proteger a edificação pode ser municipal. Eis, portanto, típico caso de norma penal em branco complementada por norma não federal. É preciso, no entanto, que se atente para o fato de que a iniciativa dessas instâncias federativas no complemento das normas penais em branco deve ser restrita, sob pena de se caracterizar generalizada delegação de competência legislativa privativa da União, expediente vedado pela Constituição Federal (CUNHA, 2009, p. 452).

Outra situação por ele abordada seria a fixação diferenciada dos horários de repouso noturno (art. 155 do Código Penal) de tal ou qual cidade, a depender dos costumes dessa localidade. Sim, costumes versando sobre matéria penal.

O que não pode, como bem explica o professor Luiz Flávio Gomes (2004), é a atividade legiferante em questões fundamentais de Direito Penal, não se admitindo que uma Norma Estadual ou Municipal crie crimes e/ou comine penas, salvo se autorizado por Lei Complementar (art. 22 da CF/88).

Nesse sentido, pode-se compreender que a estrutura jurídica da Constituição reconhece ao Estado Federativo a competência de legislar em matéria penal enquanto regra, apresentando apenas aos Estados-membros a exceção em casos especiais.

É de suma importância que o corpo normativo da Carta Magna não estende essa competência para outro que não seja o Poder Legislativo. Haja vista que a elaboração das normas tem exclusiva competência do legislador, o que, de certo, não abre espaço para a delegação de tal competência para nenhum dos outros dois poderes (judiciário ou executivo).

### **3 A TIPIFICAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E SUA CONSTRUÇÃO JURÍDICA.**

Assim, em um primeiro momento, é importante levantar que qualquer tipo de violência e ademais a falta de ação do Estado perante as injustiças e falta de proteções da população LGBTQIA+ não é o que se questiona no presente trabalho, nem tampouco estes direitos estão sendo aqui contestados. No entanto, é notável que a devida legitimação dos direitos dessa população não deve e nem pode passar, através de vedação constitucional, por uma brecha nas normas da carta Magna ou ao menos flexibilizar a Constituição Federal e as garantias levantadas pelo processo de criminalização das condutas.

Isso se reflete apenas como uma maneira de promoção da proteção de interesses privados por meio da expansão do poder punitivo, o que pode, em muitos aspectos, oferecer grande risco à celebração da estabilidade jurídica brasileira. Trazendo ao debate se seria a punição através do sistema penal a melhor forma para que a população LGBTQIA+ atingisse a igualdade.

De tal maneira, é profundamente necessário que se possa compreender a negativa em se flexibilizar certas prerrogativas Constitucionais em prol de um grupo de pessoas, tendo em vista a abertura de brechas para outras tomadas de decisões que sigam o mesmo modelo, isto é, independentemente se a motivação levantada pela criminalização da homofobia é válida em seus aspectos sociais e fundantes, a formalidade de sua decisão foi permeada por incongruências e violações da Carta Magna.

Quando se permite abrir exceção, ou mesmo encontrar uma lacuna para o texto Constitucional, quer essa abertura seja para um bem comum, quer não, quando se realiza a conduta da busca por esse “bem maior” de modo a violar a Carta Pátria, realiza-se um golpe direto contra a Democracia, na mesma medida em que se abre caminho para outras tomadas de decisões de cunho autocrático e arbitrário.

Tem-se que compreender que o Princípio da Legalidade penal é impalpável e seu valor não pode ser determinado, muito menos podem os seus critérios serem flexibilizados, tendo em vista que tal virtude do Princípio se coloca como um dos primeiros empecilhos para decisão que tipificou a criminalização da homofobia, à parte da competência exclusiva do Poder Legislativo em fazê-lo.

Os embates entre o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal, relacionados ao exercício de competências exclusivas ou privativas, no âmbito do Congresso Nacional ou de suas Casas Legislativas, têm suscitado vários conflitos. Nesses casos, em regra, o confronto surge, principalmente, em razão de o Poder Legislativo alegar sua independência e, em consequência, a inviabilidade de o STF adentrar no exame de matérias típicas do Poder Político por excelência, nos termos previstos na Constituição de 1988, inclusive no que diz respeito aos direitos das minorias parlamentares ou de direitos próprios de parlamentares individualmente considerados (FERRAZ, 2016, p. 189).

Assim, passa-se a ver que no que se refere à ADO 26, sendo esta a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº. 26 que deu origem à tipificação da criminalização da homofobia através de decisão do Supremo Tribunal Federal, na medida em que se pode observar à ruptura com as competências dos poderes, também é possível notar que diversas questões importantes foram ignoradas e desprezadas durante a feitura desta ADO (PORTILHO, 2020).

Daqueles que se intitulam autores da presente Ação em discussão, parte um pedido de reconhecimento da omissão do Poder Legislativo, fundado no que se alega enquanto sendo a mora inconstitucional do Congresso Nacional no ato de não agir em prol da criminalização das condutas que se caracterizam enquanto homofóbicas.

E, novamente, o que se preza aqui não é discutir o caráter ou validade da luta de determinados movimentos, mas garantir a reflexão a respeito de uma decisão que usurpa a competência de outros poderes, age arbitrariamente e, inclusive, ameaça à liberdade de expressão na medida em que não especifica o que irá se considerar “ato criminoso”, podendo este ser simplesmente um ato de livre de expressão.

Tais questões colocam em jogo as liberdades humanas e desafiam a Democracia na medida em que se exige uma penalização de algo que não se pode valorar objetivamente. Não

há clareza acerca do que de fato é homofobia. Ainda, os referentes autores da ação demandam a tipificação do crime, no intuito que o Supremo Tribunal Federal reconheça tais condutas como criminosas, preenchendo assim a “omissão” do Estado em fazê-lo, agindo inclusive de modo a dispor de normas criminais, legitimando-se através de um discurso de “dever de agir”.

### 3.1. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO FORMAL DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E O SEU IMPACTO NA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

Segundo as demandas e critérios expostos pela ADO 26, em sendo acolhida a proposta pelo Poder Legislativo, os critérios que envolvem o crime de racismo se expandem para caber então as discriminações relacionadas à orientação sexual de um indivíduo. E essa ADO pautou-se na construção de uma prerrogativa que denotava não haver um sistema de hierarquia em relação ao texto constitucional.

Mediante análise de Rutis:

Ademais, a noção de que não existe hierarquia entre as normas constitucionais corroboraria a construção dos proponentes. Logo, diante da mora legislativa, o caminho para compatibilizar o “mandamento de criminalização do racismo” (artigo 5º, XLII, CF) — com o conceito de raça já alargado, *in malam partem*, para abarcar a orientação sexual e a identidade de gênero — e a legalidade penal (artigo 5º, XXXIX, CF) seria a “normatização criminal” desse dever de proteção. Idealmente, através do Congresso Nacional, mas, em caso de omissão desse, através do STF. A PGR corrobora o pleito, defendendo uma interpretação sistemática do inciso XXXIX que levaria ao cenário suscitado (RUTIS, 2019, p. 2).

Muito embora, tais alegações feitas pelos requerentes de tal ação, no que diz respeito a Lei Penal e ao Princípio da Legalidade Penal, tratam de um absoluto desentendimento da inflexibilidade e rigor da referida lei.

Afora tais problemas, há ainda que se observar o risco de se apelar à uma escrita vaga da norma, no sentido que, na medida em que a mesma equipara a homofobia ao racismo, o texto normativo não especifica taxativamente e claramente o que se pode considerar enquanto conduta criminosa.

O texto normativo se reserva apenas a identificar que será considerado homofobia qualquer tipo de “discurso do ódio”, entretanto, o que se pode considerar enquanto discurso de ódio? Para a criação de leis, é completamente incabível o uso de termos subjetivos, de modo

que empobrece a clareza do texto e abre espaço para uma interpretação ampla e imaginativa, o que se torna um ambiente perigoso e perfeito para a instalação da instabilidade jurídica.

Na ADO 26, há um espaço que se dedica à “Compatibilidade Constitucional entre a repressão penal à homotransfobia e a intangibilidade do pleno exercício da liberdade religiosa”, no qual o proponente afirma que criminalização da homofobia em nada atinge os direitos à liberdade religiosa e à crença. No entanto, percebe-se que ao longo da passagem, a limitação ao direito religioso surge a partir do momento em que esse direito à religiosidade se torna “discriminatório”, mas então, quem decide o que é discriminatório?

É salutar compreender que tal construção textual permite um número ilimitado de interpretações, mas para além dessa observação, compreendemos aqui a ação arbitrária do Poder Judiciário em transbordar de suas capacidades e assumir o lugar do Poder Legislativo. Para melhor esclarecimento de tal situação, têm-se o que foi escrito por João Maurício Adeodato ainda sobre o princípio da separação de poderes:

De acordo com esse princípio da separação ou inibição recíproca de poderes, cabe ao judiciário aplicar contenciosamente a lei, servindo como elo de ligação entre a norma geral posta pelo legislativo ou executivo e o caso individualizado e único que lhe é levado no conflito concreto. Nesse mister, que só deve exercer quando provocado, espera-se do judiciário uma neutralidade ética e um domínio técnico diante do direito, ou seja, da lei. A Constituição Francesa de 1791, por exemplo, proibia o legislativo de julgar e impedia os tribunais de interferir no poder legislativo, expressamente vedando suspender a execução de leis (ADEODATO, 2009, p. 155-156).

Ainda, é possível enfatizar que o ativismo judicial não se coaduna com um processo penal de feição democrática que adota, desde a lei anticrime, explicitamente um sistema acusatório, que pressupõe uma jurisdição inerte - art. 3º, A, do Código de Processo Penal (PENAL, 2000).

Tal afirmação contribui para a reflexão sobre a cultura de súmulas vinculantes, bem como precedentes vinculantes que têm ensejado um judiciário mais ativista, no entanto, é preciso entender que esses casos não deveriam ocorrer, sob hipótese alguma, para criação de normas penais incriminadoras, sob risco de atrito entre os poderes e infringir o Estado Democrático de Direito.

É possível, inclusive, enfatizar a necessidade de cumprimento dos art. 1º, III e art. 3º, da Constituição Federal (FEDERAL, 1988), haja vista que ambos seguem da seguinte afirmação:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
[...] III - a dignidade da pessoa humana;

[...] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
[...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tal disposição sinaliza para a possibilidade de criação de um crime genérico de ódio e intolerância que abarque todas as formas de preconceito, no entanto, essa construção normativa deve ser realizada, sob pena de transgressão à Constituição Federal de 1988 e ao Estado Democrático de Direito, pelo Poder Legislativo.

A execução do poder normativo pelo Supremo Tribunal Federal levanta consequências pesadas e amedrontadoras, pois uma vez que haja precedente o STF recebe um sinal verde para atuar de maneira arbitrária e inclusive, para criminalizar pautas que não necessariamente tenham um viés progressista, salientando que nenhuma dessas hipóteses é condizente com o Estado Democrático de Direito.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Muito embora a questão da criminalização da homofobia seja uma discussão necessária enquanto fator de diminuição da violência e preservação da vida e dignidade dos indivíduos, é necessário refletir sobre como essa criminalização pode ser realizada de maneira a não por em risco os direitos fundamentais e a dignidade humana de outros grupos sociais.

A hierarquia constitucional e a ordem jurídica, bem como a previamente disposta separação e autonomia dos poderes, que são postas de modo a manter uma estabilidade jurídica social e igualitária, para garantir equidade na justiça e nas deliberações Estatais, dependem mutuamente de um sistema de respeito às normas pátrias que compõem o corpo da Constituição e que ditam o funcionamento do Estado como um todo.

É a partir dessas construções que a formação social é concretizada e que as garantias e direitos são concedidas, entretanto, se essa estabilidade é quebrada, têm-se uma sociedade em crise.

O que podemos perceber a partir da criação da ADO 26, é que o passo para a criminalização da homofobia atropela não somente um regramento constitucional – aquele que diz respeito às funções devidas de cada poder, na medida em que o Poder Judiciário realiza algo fora de sua capacidade -, mas dois, contando ainda o ferimento do direito à liberdade religiosa e possivelmente à liberdade de expressão, em consequência de um texto normativo escrito de maneira vaga e superficial.

É possível notar a irresponsabilidade legal daqueles que se fizeram aprovar tal medida, na forma em que a mesma jamais teria passado pelo crivo do Poder Legislativo e ser sancionada em razão da falta de clareza da escrita. Por isso, para uma aprovação corrida, foi preciso tomar uma decisão autoritária, que se baseia em um ativismo judicial que fere cada vez mais a democracia brasileira.

É de fundamental importância a reflexão sobre estes assuntos dentro do campo jurídico, pois as normas que guiam uma nação não devem passar por um processo de criação leviano e que possibilite a limitação ou ferimento de direitos fundamentais, muito obstante a isso, deve-se atentar para os ditames da Carta Pátria e manter o zelo para com o devido processo legal, possibilitando uma efetiva manutenção do Estado Democrático de Direito e não os direitos humanos de outros grupos sociais em jogo.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes. *In*: ADEODATO, João Maurício; GUERRA FILHO, Willis Santiago; SARLET, Ingo Wolfgang. **A retórica constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, p. 155-165, 2009.

AMARAL, JÚNIOR. A. do. “O ‘Diálogo das Fontes’: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo”. **Anuário Brasileiro do Direito Internacional**, v. 3, n. 2, p. 11-33, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In* **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 04 de nov. de 2019.

BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. 1997.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal - Parte Especial**. 2ª ed., São Paulo: Editora RT, 2009.

FEDERAL, Senado. **Constituição Federal Brasileira**. Brasília (DF), 1988.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Jurisdição constitucional: conflitos e tensões entre o supremo tribunal federal e o poder legislativo. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 17, n. 1, p. 187-212, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo** (ou inimigos do Direito Penal). São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. LeBooks Editora, 2018.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

PENAL, Código de Processo. **Código de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PORTILHO, Grazielle Jordão; GONÇALVES, Me Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa. O Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal na Criminalização da Homofobia e Transfobia (ADO 26/DF). **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, v. 11, n. 40, p. 04-15, 2020.

RUTIS, Luiz Augusto. Apenas o Poder Legislativo pode criminalizar a homofobia. **Revista Consultor Jurídico**, 2019.