

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
GABRIEL LUCAS BARBOSA SILVA**

**ATIVISMO JUDICIAL: UM ESTUDO COM BASE NA DECISÃO DO STF QUANDO
DO JULGAMENTO DA ADO 26 E DO MI 4733 RELATIVOS À HOMOFOBIA E
TRANSFOBIA.**

**RUBIATABA/GO
2021**

GABRIEL LUCAS BARBOSA SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL: UM ESTUDO COM BASE NA DECISÃO DO STF QUANDO
DO JULGAMENTO DA ADO 26 E DO MI 4733 RELATIVOS À HOMOFOBIA E
TRANSFOBIA.**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Mestre Danilo Ferraz Nunes da Silva.

**RUBIATABA/GO
2021**

GABRIEL LUCAS BARBOSA SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL: UM ESTUDO COM BASE NA DECISÃO DO STF QUANDO
DO JULGAMENTO DA ADO 26 E DO MI 4733 RELATIVOS À HOMOFOBIA E
TRANSFOBIA.**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Mestre Danilo Ferraz Nunes da Silva.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM

**Mestre em Direito Constitucional Danilo Ferraz Nunes da Silva
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Mestra em Sociedade, Tecnologia e Meio Ambiente Fabiana Savini Bernardes
Pires de Almeida Resende
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista em Direito Público e Mestranda em Direito Constitucional
Econômico Marilda Ferreira Machado Leal
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

Dedico este trabalho a Deus, que me escolheu dentre muitos para um propósito único, e me concede força e sabedoria em cada passo.

AGRADECIMENTOS

Sou infinitamente grato a Deus, pois o Senhor é o meu rochedo, e o meu lugar forte, e o meu libertador; o meu Deus, a minha fortaleza, em quem confio; o meu escudo, a força da minha salvação, e o meu alto refúgio.

Sou grato a minha Esposa Giovana Silva, pelo apoio, incentivo sempre acreditando em meus sonhos, sendo paciente na minha ausência. Louvo a Deus também pela vida de meus pais, Rone Von Lucas e Simone da Silva, que abriram mão de seus sonhos, desejos e investiram em mim. Nunca me esquecerei dos seus ensinamentos e exemplo de seres humanos que são os senhores. Agradeço ao meu irmão Guilherme Lucas, com quem tenho aprendido muito, sendo ele uma das minhas inspirações.

Agradeço as minhas avós: Maria da Luz, pelas fieis orações que tenho certeza ser a fonte de minhas forças; e a Lázara Maria, que confiou em mim desde sua pouca reserva financeira até os mais fortes abraços de amor, e deixou seu legado de erguer a voz em busca da justiça, não importando a forma. E a todos que de alguma forma contribuíram para minha formação.

.

RESUMO

A presente monografia tem como condão fazer a análise de um instituto que está em crescente popularização, que é o ativismo judicial; com maior enfoque no ordenamento jurídico brasileiro. Para nortear esta pesquisa, utilizar-se-á do julgado do Supremo Tribunal Federal, quando da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e Mandado de Injunção 4733, que foram julgados em conjunto. Através dessas análises, identificar-se-á se o julgado foi ativista, assim como, saber quais resultados o ativismo judicial pode levar, como foi recepcionado pelos brasileiros e pela constituição federal. Durante o trabalho serão abordadas doutrinas, apontamentos históricos, discussões e outros dados que contribuirão ao êxito na busca pelos objetivos dessa pesquisa, que é saber se o ativismo judicial é ou não um progresso no ordenamento jurídico brasileiro. Pautando esta pesquisa principalmente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especificamente à tripartição do poder e à democracia, logo sendo estes os dispostos mais atingidos pelo ativismo judicial.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Democracia; Tripartição do Poder; Progresso; Limites.

ABSTRACT

The present monograph aims to analyze an institute that is becoming increasingly popular, which is judicial activism; with greater focus on the Brazilian legal system. To guide this research, it will use the judgment of the Federal Supreme Court, in Direct Action of Unconstitutionality by Omission 26 and Mandate for Injunction 4733, which were judged together. Through these analyses, it will be identified whether the decision was activist, as well as what results judicial activism can lead to, how it has been received by Brazilians and the federal constitution. During the work, doctrines, historical notes, discussions, and other data that contributed to the success of the search for the objectives of this research will be addressed, which is to know whether judicial activism is or is not an improvement in the Brazilian legal system. This research is mainly based on the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, specifically on the tripartite division of power and democracy, as these are the dispositions most affected by judicial activism.

Keywords: Judicial Activism; Democracy; Tripartition of Power; Progress; Limits.

Traduzido por Marise de Melo Lemes, licenciada em Letras: Língua Portuguesa/Inglês, pelo Centro Universitário de Anápolis – UniEvangélica – Unidade Ceres-GO.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
MI	Mandado de Injunção
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	9
2.	organização do poder quanto a teoria da tripartição	13
2.1	Apontamentos a respeito da divisão orgânica do poder.....	13
2.2	A tripartição e a auto limitação do poder	16
2.3	Funções estatais	17
3	ATIVISMO JUDICIAL	20
3.1	Origem do ativismo judicial	20
3.2	O neoconstitucionalismo	23
3.3	Conceituação do ativismo judicial	24
3.4	Apontamentos do ativismo judicial no Brasil	25
4	ESTUDO COM BASE NA DECISÃO DO STF QUANDO DO JULGAMENTO DA ADO 26 E DO MI 4733 RELATIVOS À HOMOFOBIA E TRANSFOBIA	27
4.1	Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO 26 e do MI 4733	28
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
	REFERÊNCIAS.....	35

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema, ativismo judicial, tendo como norte a decisão do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4733 relativos à criminalização da homofobia e transfobia.

O tema discutido nesta pesquisa, não é novo, tendo iniciado sua popularização nos Estados Unidos da América, no ano de 1947. Desde então, tornou-se um assunto bem elucidado pelos juristas, principalmente os constitucionalistas. Pode-se dizer que sua origem está na organização do poder, especialmente na autolimitação, tanto pregada por Montesquieu.

Um dos principais objetivos de Montesquieu é impedir o livre arbítrio dos líderes da Pólis. Este ideal é adotado por vários países, como o Brasil. No entanto, no decorrer dos tempos, com a complexidade que se tornou os sistemas políticos, algumas pessoas investidas de poder estatal, se viram na obrigação de utilizar de seus poderes para garantir direitos fundamentais à sociedade, até mesmo de forma ilegítima se necessário, é o que comumente é chamado de ativismo (CAMPOS, 2014). Esta prática, foi recepcionada com perspectivas diferentes, e a aceitabilidade foi dividida, tendo os a favor e os contras.

Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988, constitucionalistas como Lenza (2021) e Padilha (2019), apregoa que um leque de direitos foi dado ao poder judiciário, havendo a possibilidade de levar ao desequilíbrio dos poderes. Essa ampla abrangência da competência do poder judiciário, é propício à existência da judicialização, que por arrastamento propicia à prática do ativismo judicial.

Devido recorrentes possíveis práticas do ativismo judicial no Brasil, o ativismo judicial tornou-se um tema mais discutido por constitucionalistas brasileiros. A sua prática é na maior parte atribuída ao Supremo Tribunal Federal, e considerando os dois extremos de críticos do tema, tanto os a favor e os contra, possuem pertinentes preocupações, haja vista, se tratar de efetivação de direitos fundamentais e democracia, ambos protegidos pela constituição federal de 1988, como garantias intangíveis, com cláusula pétrea.

A problemática da monografia é saber se nas decisões da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ADO, 26 e mandado de injunção, MI, 4733, o Supremo Tribunal Federal agiu de forma ativista, violando o princípio da separação dos poderes. Se sim, quais resultados isso levou e pode levar? Vale ressaltar que são muitas decisões dos tribunais superiores brasileiros, principalmente do Supremo Tribunal Federal que tem suscitado críticas neste sentido.

O objetivo geral desta pesquisa é saber se o Supremo Tribunal Federal agiu de forma ativista, na decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ADO, 26 e no mandado de injunção, MI, 4733 relativos à homofobia e transfobia.

Já, os objetivos específicos, do presente trabalho são: Entender o que é ativismo, desde sua polarização em 1947; saber se a Constituição brasileira de 1988 tem concorrido para a prática do ativismo judicial; identificar os possíveis resultados do ativismo judicial; e por fim saber como os brasileiros têm recebido o ativismo judicial.

Para que se obtenham os resultados pretendidos neste trabalho, é necessário um conjunto de ideias, apontamentos históricos e diversas formas de análises. Em um primeiro momento, ter a ciência da base que originou a concepção de Estado. É pertinente para o discernimento da autolimitação do poder, para isso é fundamental analisar a forma do Estado brasileiro, assim como a sua organização, tendo como principal fundamento a própria Constituição brasileira. Mas não só isso, como também, arrazoar as origens do ativismo judicial, pois é indispensável a real conceituação e definição do tema desta pesquisa, que é o ativismo judicial, apregoando as distintas ideias quanto ao tema, como a sua multidimensão.

Logo, o objetivo geral desta pesquisa é saber se na decisão do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4733, ocorreu ativismo judicial. Para isso, é indiscutível a necessidade de conhecer atual perspectiva do Estado brasileiro, ponderando o neoconstitucionalismo entre outros fatores que norteiam as decisões atuais; e a análise da decisão supramencionada. Estas informações serão demonstradas, juntamente com as conclusões, nas considerações finais, no final desse trabalho.

Após breve análise histórica do ativismo judicial, sua concepção, apontamentos importantes a seu respeito, análise da perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, e a análise dos julgados que norteiam essa pesquisa, tudo isso

serão apregoados do tópico 2 ao tópico 4. Já nas considerações finais, serão dispostas todas as conclusões alcançadas pelo trabalho, e também respondendo os objetivos gerais e específicos.

Os ideais de Montesquieu, Aristóteles, Locke, e outros pensadores; assim como as perspectivas, de atuais juristas, como Pedro Lenza, Alexandre Morais, Padilha, Di Pietro, Barroso, entre outros, serão avaliados nesta pesquisa; as leis e atos normativos federais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e demais fontes do direito. O voto de cada ministro na decisão analisada neste trabalho, além de apontamentos históricos, será considerado para responder os objetivos desta pesquisa.

O presente trabalho terá natureza exploratória; especificamente secundária e dogmática. O principal objetivo somente será alcançado com análises do julgado do Supremo Tribunal Federal quando da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ADO 26 e do Mandado de Injunção, MI 4733. Neste momento, será analisado diretamente este julgado, pautando na decisão e nos votos de cada ministro.

Mas para isso, é necessária a explanação preliminar ao tema principal, ao qual consiste em saber o que é ativismo, como é conceituado, as formas ativismo, entre outros apontamentos históricos e atuais que norteiam o ativismo judicial. Para isso, serão utilizadas doutrinas, livros históricos, artigos científicos e informativos de congressos.

Analisar todos os posicionamentos aos assuntos pretendidos, e assim saber qual tem maior força e ligação com a legalidade e legitimidade; considerando as fontes do Direito brasileiro. Neste momento, é de muita valia a pesquisa bibliográfica, para fortalecer os posicionamentos de cada parte do processo. Essa pesquisa consistira na análise qualitativa, que segundo Sampieri (2013)

O enfoque qualitativo é selecionado quando buscamos compreender a perspectiva dos participantes (indivíduos ou grupos pequenos de pessoas que serão pesquisados) sobre os fenômenos que os rodeiam, aprofundar em suas experiências, pontos de vista, opiniões e significados, isto é, a forma como os participantes percebem subjetivamente sua realidade. (SAMPIERI, 2013, p. 33)

Apesar de a análise qualitativa ser predominante nesta pesquisa, em determinado momento do trabalho foi adotado a análise quantitativa, que segundo Sampieri (2013), consiste na medição numérica e análises estatísticas para basear os padrões e comprovar as ideias.

O tema da pesquisa é muito pertinente, considerando o atual cenário da organização do Estado brasileiro, que tem sido motivo de críticas e discursões em diferentes áreas das ciências. Algumas das principais críticas estão ligadas a organização do Estado, no que tange a tripartição dos poderes, judicialização e políticas públicas, haja vista estarem integradas na democracia, que além de ser um direito fundamental, é a forma de Estado, adotado pela constituição federal corrente.

Logo, se confirmada à prática do ativismo judicial, especialmente nos casos em voga no tema, cientes das possíveis violações que este incorre isso é mesmo necessário? Tudo isso retoma à antiga frase romana, os fins justificam ou não o meio?

Com fulcro nos argumentos levantados acima, é notória a importância em discutir tal assunto, para que o documento constituinte deste Estado, que tantos direitos garantem, seja respeitado e temido.

2. ORGANIZAÇÃO DO PODER QUANTO A TEORIA DA TRIPARTIÇÃO

A presente seção versa a respeito de eventos históricos e atuais, pelo quais é possível identificar traços quanto à organização do poder, sendo trabalhado de forma cronológica até chegar à atual concepção de organização do poder no Brasil. Estes apontamentos são de suma importância, para que se compreenda a teoria orgânica do poder e, conseqüentemente o chamado ativismo judicial.

Uma das indagações a respeito do assunto sob a testilha é: o ativismo judicial é um progresso? Para respondê-la, faz-se necessário conhecer a estrutura que o originou, sendo estes apontamentos tratados na presente seção, com maior enfoque na teoria da tripartição do poder, haja vista ser a atual organização do Estado brasileiro, principalmente por suas funções típicas e atípicas.

2.1 Apontamentos a respeito da divisão orgânica do poder

O presente tópico trata a respeito de apontamentos históricos quanto à teoria orgânica do poder, tendo em vista os principais ideais no que tange a atual organização do poder do Brasil.

É importante a compreensão da estrutura e das origens do ativismo judicial. Para isso é inegável a apreciação da Constituição da República Federativa do Brasil, assim como os ideais em que a mesma foi constituída. Logo, compreende-se sua finalidade e princípios estruturantes.

De forma geral, a organização do poder é um mecanismo de estruturação do Estado, para ter êxito em sua motivação, atribuem obrigações e direitos às pessoas (MOTTA, 2019). Traços de organização do poder podem ser visto na sociedade, na antiguidade, como fica demonstrado no livro de Gênesis, na Bíblia Sagrada, ao relatar a história de José, este que possuiu o cargo de governador (THOMPSON, 2014)¹.

¹ José tem grande parte de sua história disposta na Bíblia Sagrada, no livro de Gênesis. Em sua carreira, foi nomeado governador pelo Rei Potifar. Compreende-se que José fazia jus a poderes, autoridade e súditos; todavia não tinha poder sobre o Rei Potifar. Por conseguinte, é notório uma estrutura governamental no Egito, na antiguidade (THOMPSON, 2014)

Na idade antiga, tem a importante participação de Aristóteles (384-322), que consolidou obras de suma importância para atual concepção de Estado. Foi inovador ao perceber que o Estado agia de diferentes formas, uma, com a função de deliberação, atual legisladora; o segundo, exercer a magistratura, responsável por dirimir conflitos; e por último, o que administra e cuida da justiça (BITTAR, 2016; LENZA, 2021.).

Aristóteles pregava direitos que garantiam uma felicidade possível a todos, “isso implica que seja o melhor acessível para todos e não o que se mostre como um melhor inalcançável” (BITTAR, 2016, p. 132).

Locke assim como Aristóteles, enalteceu a importância de uma política equilibrada internamente no Estado, reconhecendo três funções distintas, pensamento este também aceito posteriormente por Montesquieu, além disso, ambos pregam uma harmonia necessária. Vale ressaltar, que Aristóteles, pregava que os poderes deveriam estar concentrados em uma única pessoa. Diferente de Montesquieu e outros, que buscavam a separação desses poderes:

John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças (MORAIS, 2021, 491).

O período da monarquia absoluta² teve participação ativa de Hobbes, Bodin e Maquiavel defensores do regime em que viviam. O poder “uno e indivisível”, portanto, limitado ao *jus naturalismo* (BITTAR, 2016). Esse era o ponto em comum entre eles, ter a centralização do poder em uma pessoa, contudo de formas diferentes.

Na análise comparativa entre Bodin (1529-1530/1596), na França, Maquiavel (1469/1527), na Itália, e Hobbes (1588/1679), na Inglaterra, destacam-se propostas e respostas aos problemas de Estado muito diferentes. Os três pensadores propõem o fortalecimento do poder, sua centralização, como forma de conferir maiores poderes ao Estado; esse é o ponto em comum. No entanto, Bodin tem solução que passa pela via do Direito, Maquiavel tem solução que passa pela ideia de

² Monarquia Absoluta ou Estado Absolutista, é uma forma de governo, ao qual, todos poderes (administras, legislar e julgar) se concentra em uma única pessoa, que era conhecida com: Rei/Rainha, Imperador/Imperatriz, Grão-duque/Grã-duquesa, entre outros.

virtù, e Hobbes propõe a delegação completa de poderes e autonomias de governo ao soberano (BITTAR, 2016, p 169).

Ao exame desse texto, denota-se que todas estas formas de poder, contrariam partes dos ideais de Montesquieu, assim como da atual Constituição Brasileira. Os pensadores mencionados, desde Aristóteles identificaram que o Estado possui em sua organização, funções diferentes, todavia, para alguns, estes poderes devem estar concentrados e uma pessoa, isso difere da corrente Constituição brasileira.

Charles Louis de Secondat (1689-1755), mais conhecido como Montesquieu, autor da obra “Espírito das Leis”, é comumente aceito como o principal idealizador da atual tripartição do poder, adotada por vários países, como o Brasil. Montesquieu, tem como principal motivador no que tange à tripartição do poder, a liberdade política ou liberdade do cidadão (BITTAR, 2016). Referido autor francês, expressou textualmente que:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente (MONTESQUIEU, 2008, p 169).

Diante do exposto, compreende-se que Montesquieu se preocupou quanto aos governos tiranos, considerando que o povo estaria em perigo constante, tendo suas vidas nas mãos de uma só pessoa. Livre arbítrio cumulado com poderes ilimitados a uma só pessoa, se uma vez utilizado de má-fé, toda sociedade sofreria consequências.

Veja-se qual pode ser a situação de um cidadão nessas Republicas. O mesmo corpo de Magistrados tem, como Executor das leis, todo o poder que ele se atribuiu como Legislador. Ele pode, através de suas decisões gerais, devastar o Estado; e, como ainda tem o Poder de Julgar, pode destruir cada cidadão, com suas decisões particulares (MONTESQUIEU, 2008, p 170).

Além dessas preocupações, ele também descreveu a necessidade de harmonia entre as três funções estatais: Legislativo, Executivo e o Judiciário, Eles deveriam caminhar em concerto (MONTESQUIEU, 2008). Diante desse fato, vale ressaltar o artigo 2º, da Constituição brasileira de 1988: “Art. 2º São Poderes da

União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). Com isso, denotam-se ideias em comum, de Montesquieu e a corrente constituição.

Logo, compreende-se, que a tripartição do poder que vivemos hoje no Brasil, é fruto de um longo processo, que vai além de suas fronteiras. Com base nos expostos anteriormente, é evidente a contribuição que Aristóteles, Locke, Montesquieu e outros pensadores fazem para atual ordenamento brasileiro.

2.2 A tripartição e a auto limitação do poder

Neste tópico, serão relacionados os ideais de Montesquieu quanto à tripartição do poder, com o Estado de Direito corrente no Brasil. Sendo necessária uma análise histórica de certos eventos relacionados à organização do poder de Montesquieu.

Como já mencionado, a tripartição do poder é um mecanismo de organização do poder político. Os primeiros traços da existência de funções distintas foram citados por Aristóteles. Já Maquiavel, Locke, Bodin, apesar de diferente em certos aspectos, seguiram seu pensamento. Portanto, Montesquieu, foi quem revolucionou a organização do poder, trazendo o que vários Estados adotam em seus documentos fundantes. Onde reconheceu que as funções distintas deveriam ser autônomas e independentes.

“Tem poder quem tem aptidão para determinar, modificar, manter algo ou alguma coisa etc. MOTTA. 2019, p 569)”. O Estado é quem tem o dever e poder para reger a sociedade, garantindo ordem e progresso (BRASIL, 1988). Esse poder que acarreta obrigações é subdividido em três órgãos independentes, cada qual com sua especialidade; funções típicas e atípicas; contudo estes devem ter harmonia entre si. No Brasil estes três poderes são: Legislativo, Executivo e Judiciário (BRASIL, 1988).

A principal finalidade da tripartição dos poderes é garantir os direitos fundamentais à sociedade, e protege-la de poderes abusivos dos seus líderes políticos, haja vista se tratar de um Estado democrático (MORAIS, 2021). Montesquieu preocupou-se como isso, como já mencionado acima, sendo a Constituição brasileira de 1988, considerada adepta aos pensamentos de

Montesquieu no que tange a organização política, como no seu artigo segundo - “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988, art. 2º)”;

garante a todos direitos e garantias fundamentais, sendo um dever do Estado em presta-los. Neste dever de o Estado em garantir direitos fundamentais, que surgem os ‘freios e contra pesos’, vale ressaltar que são oriundos da tripartição do poder (MORAIS, 2021).

Alexandre de Moraes expõe que

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. (MORAIS, 2021, p 494)

O texto supramencionado apregoa que, para um órgão tenha poder para frear outro, ou seja, se autolimitarem, é necessário prerrogativas, e igualdades de direitos. Para tanto, a atual constituição tem dispositivos para tratar justamente das funções estatais de cada órgão do poder. Essas funções são divididas em típicas e atípicas. A primeira são aquelas às quais foram constituídas, e a segunda, é a prática das funções típicas de outros órgãos sendo esta de caráter interno e necessário.

O constitucionalismo moderno chama estas delegações de poderes de divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos, isso ressalta a ideia de que o Estado é uno, e inseparável, sendo a principal finalidade o equilíbrio dos poderes, impedindo o abuso de poder, garantido a sociedade bem-estar e pleno gozo de seus direitos fundamentais (LENZA, 2021).

Quando tem um governo onipotente, reunido em uma só pessoa, as probabilidades de esta usar seu poder de forma egocêntrica são altas. A sociedade tem que se confortar em seus líderes, e a separação do poder é importantíssimo para que isso ocorra.

2.3 Funções estatais

As funções estatais serão apontadas nesta subseção, com base na atual constituição e algumas doutrinas. Sendo nas funções dos poderes estatais, onde

surge o ativismo judicial, é indispensável sua análise para obtenção dos resultados pretendidos. Não se fala em ativismo judicial, onde não existem funções predeterminadas a cada ente.

A Constituição brasileira de 1988 atribui ao poder estatal soberano três poderes: O Executivo, o Legislativo, e o Judiciário; surge também Instituição do Ministério Público, com o dever de zelar pelo equilíbrio destes três poderes (MORAIS, 2021). Vale ressaltar que o Ministério Público não é um quarto poder, tendo o constituinte o criado, com a função de defender os direitos fundamentais e fiscalizar os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário; todavia ser um dos sustentadores dos princípios constitucionais. (MORAIS, 2021).

Considerando os dispositivos da Constituição brasileira, e o objetivo desta pesquisa, é de suma importância citar as funções de dois poderes: o Legislativo e o Judiciário. Pedro Lenza foi muito feliz em assim dispor, no que tange a função legislativa e judiciária respectivamente:

[...] função típica, legislar e a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo; [...] Judiciário: “julgar (função jurisdicional), dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei. (LENZA, 2021, p. 274)”

Considerando o exposto mencionado, de forma objetiva, conceituou-se Pedro Lenza as principais funções do legislativo e do judiciário, portanto, vale destacar que ambos têm amplas funções e deveres, como a própria Constituição brasileira corrente demonstra em seu título IV, no mesmo em que dispõe quanto ao poder Executivo.

Para tratar das principais funções do Executivo, inicialmente, segue pensamento de Motta:

é a administração do Estado, apenas não administrando a matéria interna dos demais Poderes. O Executivo tem níveis de decisão política, a cargo do Presidente e seus Ministros, e, de um modo bastante hipertrofiado, a responsabilidade de execução das decisões contidas na Constituição, nas leis e nos atos administrativos normativos (MOTTA, 2021, p. 691)

Vale ressaltar que, cada um destes poderes podem praticar funções atípicas, considerando as suas limitações, dispostas pela própria constituição entre outros atos normativos.

Para fins de complemento, vale ressaltar que a separação do poder não é o único instrumento que a Constituição brasileira dispõe quanto à organização política do Estado. Com enfoque do presente trabalho, se faz necessário à ciência até o momento somente dos supramencionados.

3 ATIVISMO JUDICIAL

Nesta seção, aborda-se a respeito do ativismo judicial, tema de suma importância para o entendimento do presente trabalho, sendo este fenômeno parte da ideia central da pesquisa.

Esta seção divide-se em três subtópicos. No primeiro, é tratada a origem histórica do ativismo judicial; no segundo, versa-se a respeito da conceituação do referido instituto; no terceiro, de sua parte, é discutido o ativismo judicial no Brasil. Serão abordados eventos históricos que marcaram o ativismo judicial, principalmente nos Estados Unidos da América.

3.1 Origem do ativismo judicial

Esta subseção versa especificamente a respeito da origem do ativismo judicial, apontando importantes eventos relacionados a seu respeito. Este assunto é necessário para real compreensão deste crescente fenômeno. Para lograr êxito nos objetivos pré-estabelecidos, é necessário considerar certos episódios, pensadores, ideais, entre outras fontes, que resultaram na atual concepção do ativismo judicial.

Segundo Alexandre Morais, o termo *ativismo judicial*, foi mencionado pela primeira vez por Arthur Schlesinger Jr no ano de 1947, em um artigo sobre a Corte dos Estados Unidos (MORAIS, 2021). Este termo se tornou, extremamente relevante, na medida em que foi citado por Schlesinger, tem-se expandido, em vários países, inclusive no Brasil, como será tratado posteriormente.

Ativismo possui diversas conceituações, todavia ambas partem de uma mesma base – transformação – (DICIO, 2021), não é diferente quando se trata do ativismo judicial, para melhores esclarecimentos a esse respeito, Alexandre Morais foi feliz em assim expressar o ativismo judicial:

Apontado por alguns doutrinadores norte-americanos como uma prática, que por vezes indica a ignorância de precedentes, possibilitando violações à Constituição; ou, seria um método de

interpretação constitucional, no exercício de sua função jurisdicional, que possibilita, por parte do Poder Judiciário, a necessária colmatação das lacunas constitucionais geradas pela omissão total ou parcial dos outros Poderes, ou ainda, pelo retardamento da edição de normas que possibilitem a plena efetividade do texto constitucional? (MORAIS, 2021, p. 879)

Diante do excerto acima mencionado, percebe-se uma visão imparcial quanto aos resultados da atividade do ativismo judicial. Infere-se que consubstancia seus apontamentos principalmente nos doutrinadores norte-americanos, por serem esses, por vezes os primeiros a discutir este fenômeno e talvez um dos mais avançados quanto ao tema.

Ainda no que tange o texto mencionado, conclui-se que, a transformação realizada pelos ativistas judiciais, não se limitam a normas e regulamentos, desde que alcance a efetivação dos direitos fundamentais.

O Ativismo Judicial, em uma primeira impressão, demonstra ser algo diferente da sua realidade, até mesmo por causa do termo ativismo, estar relacionado em determinados momentos a fatos ilegítimos à sociedade.

Ao analisar histórias e os impactos que o ativismo judicial já resultou, é inegável sua importância e contribuição. O ativismo judicial foi de grande proeminência em alguns eventos, principalmente norte americanos, como pondera Alexandre de Moraes:

A história do ativismo judicial norte-americano mostra, em face de seu alto grau de subjetivismo, momentos diversos na defesa dos Direitos Fundamentais. Há, claramente, decisões ativistas alinhadas com o pensamento progressista, enquanto outras, com o mais radical conservadorismo. (MORAIS, 2021, p. 879)

Os Estados Unidos são berço do ativismo judicial, foi também lugar onde polarizou este termo, sendo conhecido além das academias de Direito e Ciências Políticas (CAMPOS, 2014). O ativismo judicial se tornou onipresente na sociedade americana a partir de 1947, o mesmo ano em que Schlesinger faz menção ao termo 'ativismo judicial', vale ressaltar que sua prática já existia. A intensidade à qual foi utilizado é surpreendente, sendo até bandeira de campanhas políticas, tendo abrangido os mais distintos campos de atuação (CAMPOS, 2014).

Decisões da Corte podem ser identificadas como ativistas desde os primórdios da prática da judicial review e algumas

são tão relevantes que transformaram não só o perfil da Suprema Corte, mas também a sociedade norte-americana (CAMPOS, 2014, p. 49)

Alguns eventos norte-americanos merecem destaque como: *Marbury v. Madison*, “quando o voto de Marshall afirmou o poder da Corte para julgar inconstitucional e deixar de aplicar leis federais incompatíveis face à Constituição (CAMPOS, 2014, p. 50)”. A presença de Marshall na suprema corte americana foi marcante. Por sua ótima reputação, além de demonstrar para a sociedade a efetividade do judiciário na garantia de direitos, deixou também o dever, para seus sucessores, de serem seus próprios heróis, na busca pelo país que querem (CAMPOS, 2014). Essas vertentes deixadas por Marshall e outros, é motivador para busca de garantia de direitos, independentemente de sua legitimidade, ou seja, ativismo judicial.

No Brasil não está sendo diferente, com o advento da Constituição de 1988, abriu-se um leque de oportunidades para esta prática. “O Judiciário tem uma importante missão, realizando a implementação da efetividade das normas constitucionais (LENZA, 2021, p.61)”, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal.

A sociedade brasileira tem buscado a concretização de seus direitos quase somente no poder Judiciário, principalmente quanto aos direitos fundamentais, fato este que muitos juristas têm chamado de ‘Judicialização’³. Sendo o Supremo Tribunal Federal o principal responsável por estas tomadas de decisões (MOTTA, 2019).

O Supremo tem cumprido papel destacado nesse cenário de afirmação dos direitos fundamentais. Decisões anteriormente citadas, como as que reconheceram o status jurídico das uniões homoafetivas {...} o Supremo tem sido bastante ativista em face do Estado e a favor da concretização dos direitos fundamentais. (CAMPOS, 2014, p. 322)

Considerando a polarização e a utilização do termo ativismo judicial em 1947 nos Estados Unidos, infere-se que o Estado Brasileiro tem seguido os mesmos

³ Seja como for, uma das características marcantes desse processo de neoconstitucionalização consiste no processo de judicialização da política em nosso país. Tem sido fácil perceber que é praticamente impossível que alguma questão relevante seja resolvida no âmbito parlamentar sem que os perdedores no processo político recorram ao Supremo Tribunal Federal, para que a solução final da controvérsia decorra da melhor interpretação constitucional acerca do tema (MOTTA, 2019, p. 9).

passos, quando se trata de garantir os direitos fundamentais, utilizando a suprema corte. Isso é de muito valia, considerando que o termo por muitas vezes é atribuído equivocadamente a eventos que diferem de sua realidade, com isso podendo transmitir um pensamento pejorativo do termo (CAMPOS, 2014). Estes assuntos são de extrema relevância, para o entendimento de que se trata o ativismo judicial.

3.2 O neoconstitucionalismo

Antes de adentrar à conceituação do ativismo judicial e a sua atual concepção, é importante tratar do neoconstitucionalismo, sendo sobremaneira a base de qualquer perspectiva jurídica atual. Que será tratado especificamente nesta subseção.

O neoconstitucionalismo, segundo Pedro Lenza (2021) é uma nova perspectiva do ordenamento jurídico, que passou a ser desenvolvido a partir do século XXI. Também é conhecido como o constitucionalismo pós-moderno e pós-positivismo. Este possui uma vertente mais garantidora dos direitos, ou seja, de prestação dos direitos fundamentais, enquanto o constitucionalismo moderno é caracterizado pela autolimitação política, tendo um viés de abstenção de interferências estatais. (LENZA, 2021, Apud, AGRA)”

Houve um período em que as normas estariam acima de tudo e todos, chamado de positivismo. Portanto, com o decorrer do tempo, identificaram que muitas condutas, apesar de legítimas ao ordenamento jurídico, estariam ferindo os direitos fundamentais do homem. Por isso, iniciou-se essa nova era, pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, em que a presença da filosofia, a razão, a moral, entre outros, fossem mais utilizadas na aplicação do direito. Em decorrência disso, a manifestação do poder judiciário se torna mais presente, assim como a hermenêutica jurídica, toma novos rumos (PADILHA, 2019).

Diante de fardos mais pesados ao poder judiciário, este encontra maiores dificuldades na concretização dos direitos fundamentais à sociedade, sendo previsível o choque de normas constitucionais (LENZA, 2021).

Segundo Padilha, 2019, o neoconstitucionalismo é a nova realidade constitucional, que colocou a Constituição no centro do ordenamento jurídico, local que era ocupado pelo positivismo, e isso tem gerado debates jurídicos mais instigantes. É justamente neste momento que se infere a relação com judicialismo e o ativismo judicial.

Logo, pode-se concluir que a origem e execução do ativismo judicial estão intrínsecas à atual perspectiva constitucional, o neoconstitucionalismo. Ficará ainda mais evidente a correlação entre estes dois institutos nos próximos capítulos. Porém, até o presente momento, é evidente a contribuição que um tem com outro.

Estas informações são de suma importância para compreensão do momento que se encontra o poder judiciário brasileiro, que sem dúvidas é a base que os julgadores devem ter nas suas decisões, assim como qualquer pesquisa relacionada aos julgados destas mesmas pessoas.

3.3 Conceituação do ativismo judicial

A conceituação de ativismo judicial é importante para compreensão da pesquisa, todavia ser este o núcleo do objetivo.

Ativismo judicial é por sua vez, de difícil conceituação, pois se devem considerar vários eventos, que contribuíram para sua concepção. Vale ressaltar, que com o decorrer do tempo e a sua expansão, o termo em voga passou a ter grande abrangência. Na medida em que popularizava, dificultava ainda mais sua conceituação própria, sem haver equívocos, pois o mesmo termo era empregado a atos com: intensidades distintas e formas diferentes.

Diante da multiplicidade de atos, com objetivo de evitar mais equívocos ao emprego do termo, surge a multidimensão do ativismo judicial (CAMPOS, 2014):

defino o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares

e em momentos históricos distintos; **(c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias** (CAMPOS, 2014, p. 164)

Conforme explanou Campos no excerto mencionado, a real prática do ativismo judicial reúne múltiplos eventos, ou seja, para ser conceituado um ato ativista judicial, deve-se considerar todo um contexto: motivo, objetivo, concepção entre outros. Dado isso, infere-se a finalidade da proposta multidimensional do ativismo, como cita Canon, “colocar fronteiras objetivas [entre essas diferentes manifestações] de forma que decisões particulares possam ser descritas como ativistas ou não ativistas conforme o critério de cada dimensão” (CANON, 1983. p. 239, Apud CAMPOS, 2014, p. 164).

Para fins de maior compreensão, vale ressaltar algumas das mais comuns dimensões do ativismo judicial: metodológico (interpretativo); criação (legislativo); afirmação de direitos (CAMPOS, 2014).

3.4 Apontamentos do ativismo judicial no Brasil

Esta subseção trata-se de apontamentos, com a finalidade esclarecer como o ativismo judicial está no Brasil, principalmente com a atual Constituição da República Federativa do Brasil.

Em muitos países, o ativismo judicial se expandiu e se fixou, no Brasil não foi e está sendo diferente. Com a Constituição brasileira de 1988, aumentaram oportunidades de participação recíprocas entre os poderes, principalmente ao judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, o guardião da constituição. Dado isso, aumentaram de forma extraordinária as demandas pleiteadas no judiciário (VERÍSSIMO, 2008).

Para melhor esclarecimento, Veríssimo aponta de forma clara os números disposto pelo próprio Superior Tribunal de Justiça:

Mas, como já dito, se a Constituição de 1988 está na base do processo de judicialização da vida pública brasileira, tendo sido responsável por desenhar a face protagônica que a justiça e o STF em particular ostentariam a partir da

década de 1990, seus mecanismos de ampliação do acesso à justiça, aliados à aparente disposição dos tribunais em exercer ativamente as competências de revisão que lhes foram atribuídas, também respondem, em contrapartida, por boa parte da crise de eficiência que acompanhou a atuação do Judiciário a partir dessa mesma década. Segundo dados do próprio Supremo Tribunal Federal, a média anual de processos distribuídos a essa corte era, na década de 1940, de 2.500. No final da década de 1950 esse número sobe para 7.000, mantendo-se estável entre 7.000 e 8.000 na década seguinte. O número pouco mais que dobra entre as décadas de 1970 e 1980. Portanto, em um espaço de 50 anos, o volume anual de distribuições ao Supremo Tribunal Federal aumentou em aproximadamente oito vezes, isto é, cresceu a uma proporção média de 4,5% ao ano. Após a Constituição de 1988, contudo, em um espaço de apenas 16 anos (1989–2004), o volume anual de distribuições mais que quadruplica. Isso representou um aumento à proporção média de 10,5% ao ano. Se for tomado apenas o período compreendido entre 1997 e 2002, o aumento é de espantosos 470%, ou 41,6% ao ano (ver, a propósito, o Gráfico 1) (VERISSÍMO, 2008, p. 413, Apud SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008).

Considerando todas as demandas mencionadas por Veríssimo, ser do Supremo Tribunal Federal, e sabendo de suas competências, pode-se concluir que a sociedade na sua maioria, tem escolhido buscar seus direitos, no poder judiciário, ao invés de buscarem em outros meios, como Legislativo e Executivo. Considerando esses dados supramencionados, pode-se concluir que, a probabilidade de ser uma decisão de o Supremo Tribunal Federal ser ativista, é enorme, haja vista a sociedade estar recorrendo de forma grandiosa ao judiciário.

Diante da real situação, surgem debates quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal estar agindo de forma ativista, e se essas decisões são ou não legítimas. Portanto, já foi mencionada nesta pesquisa que uma decisão ativista pode ou não ser legítima, e para obter essa resposta, exige uma análise individual; logo, no próximo capítulo, tratar-se-á de análise à recente julgado do Supremo Tribunal Federal, de grande notoriedade, utilizando todas as informações já presentes na pesquisa, assim como os votos de cada ministro, sucessivamente suas fundamentações, para saber se nestes casos houve decisões ativistas.

4 ESTUDO COM BASE NA DECISÃO DO STF QUANDO DO JULGAMENTO DA ADO 26 E DO MI 4733 RELATIVOS À HOMOFOBIA E TRANSFOBIA

O presente capítulo é uma análise quando do julgamento do Supremo Tribunal Federal quando do ADO 26 e do MI 4733. Este tem como finalidade, descobrir, se a presente decisão é ativista, e se é legítima. Este saber é importante para apregoar se o ativismo judicial suscitado na presente pesquisa tem sido praticado no Brasil, mais especificamente nas decisões supramencionadas.

Conforme manifesto na pesquisa, o Estado brasileiro adotou em sua magna carta, ser adepto à tripartição do poder, sendo os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicas (BRASIL, 1988). Estes possuem em suas atribuições controles recíprocos, todavia serem limitados, como citado no tópico 2.2 deste trabalho, uma vez ultrapassados estes limites, sendo legítimo ou não, caracteriza-se ativismo, como explica 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 (BARROSO, 2009, p. 6).

Diante das razões acima expostas por Barroso, é evidente a semelhança com as pesquisas já realizada até o momento na pesquisa. Ao apregoar quanto aos atos ativista do poder judiciário, Barroso, subdivide-se essa ideia, em três condutas diferentes, contudo, ao analisa-las, infere-se que todas detém a mesma perspectiva do neoconstitucionalismo, que segundo alguns doutrinadores, como Lenza, 2021; e Padilha, 2019; é a atual ótica jurídica brasileira.

Diante dos apontamentos anteriores, por conseguinte, o Estado brasileiro pende para a prática do ativismo judicial, o que não é espantoso, assim não será se identificá-lo nas decisões dos ministros do Supremo tribunal Federal quando ao

julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 e o mandado de injunção 4733.

4.1 Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO 26 e do MI 4733

Esta subseção versa-se especialmente da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal quando a ADO, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão⁴, número 26; e do MI, mandado de injunção⁵, de número 4733; cuja finalidade é a criminalização de condutas discriminantes a sujeitos com orientação sexual idêntica ao gênero. Após a análise, considerando todo exposto nessa pesquisa, definir quanto a possível decisão ativista pelo Supremo Tribunal Federal nos presentes casos.

O MI 4733 foi julgado em conjunto com a ADO 26. Para melhor esclarecimento do processo, segue trecho do voto do ministro Alexandre de Moraes:

[...] obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) (BRASIL, 2019).

O trecho supramencionado esclarece o tema central das ações, que é a criminalização de conduta específica, como mencionado no excerto acima. Por se tratarem de pretensões e outros aspectos em comum, como será demonstrado a seguir, ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal que as ações seriam julgados em conjuntos.

⁴ Assim dispõe Alexandre de Moraes quanto a Ação direta de Inconstitucionalidade por omissão: “A Constituição Federal prevê que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias” (MORAIS, 2021, p. 885. Apud BRASIL, 1999).

⁵ Para Alexandre de Moraes, Mandado de Injunção é: “O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal” (MORAIS, 2021, p. 235)

O mandado de injunção 4733 foi proposto pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), tendo como relator o Ministro Edson Fachin. Os autores da ação requerem que o Supremo Tribunal Federal reconheça a mora legislativa, ao não disciplinar, legislação criminalizadora às condutas homofóbicas e transfóbicas. A associação autora da ação também demonstra a possibilidade da equiparação dessas condutas ao crime de racismo, argumentando que ambas as situações têm um mesmo objeto, a inferiorização de determinada classe, sendo atentatória aos direitos e liberdades individuais.

O mandado de injunção trata-se de um remédio constitucional, segundo Pedro Lenza (2021), seu cabimento necessita de dois requisitos: O primeiro é ausência de norma regulamentadora, o que torna inviável o exercício dos direitos, liberdades; o segundo norma constitucional de eficácia limitada, prescrevendo direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), tendo legitimidade para tal conduta. Os autores da ação buscavam as mesmas finalidades do mandado de injunção 4733. O Ministro Celso de Melo é o relator da ação.

A ADO busca a efetividade de norma constitucional, dando ciência ao órgão responsável para dar providências ao objeto impugnado. As duas ações se tratam de remédios constitucionais (LENZA, 2021).

No processo legitimados ativos da ação demonstra a urgência desta criminalização, em razão dos números alarmantes de violência, proveniente de preconceitos. Os mesmos entendem que esta medida irá ajudar no combate à discriminação aos LGBTQI+, e com isso evitar homicídios, lesões e tantos outros atos maléficos.

Durante o processo, há certos eventos que merecem ser ressaltados, como a manifestação do Senado Federal, que em primeiro momento, afirmou ser desnecessária a edição de lei específica para atender ao objeto do processo, fundamentando que os dispositivos vigentes, lesão corporal, homicídio entre outros; são suficientes à justa aplicabilidade dos direitos nos casos específicos. Após esta manifestação do Senado, o seu presidente fez novo pronunciamento, com dois pontos marcantes: O primeiro que já existe projeto de lei para regulamentação dos crimes em voga, Projeto de Lei do próprio Senado, número 515 de 2017; e o

segundo, ressalta a tripartição do poder, como fundamento em que não cabe ao judiciário decidir sobre tal questão (BRASIL. 2019).

O relator da ADO 26, Ministro Celso de Mello, acompanhado pela maioria, reconheceu a mora legislativa, o cabimento das ações e entendeu que podem ser equiparadas aos crimes de racismo, condutas homofóbicas e transfóbicas; logo, será aplicada a Lei número 7.716/1989⁶, até que o Congresso Nacional edite lei específica, além disso, no caso de homicídio, essa conduta detém a qualificadora de motivo torpe, ou seja, é decidida procedente a ação.

Já, o Ministro Marco Aurélio entende contrário ao relator e maioria dos ministros; ele apregou ser o mandado de injunção inadequado para o conteúdo do processo, e quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente, pois não existe omissão do Legislativo; além disso, no que tange aplicação da Lei número 7.716/1989, taxativa, o que impede sua utilização nos casos de homofobia e transfobia. O Ministro Ricardo Lewandowski, não acompanhou a maioria e o relator, porquanto também não vislumbrou a mesma fundamentação que o Ministro Marco Aurélio, afirmou com base no princípio da reserva legal (MEDEIROS; ANDRADE. 2020), assim como demonstra em seu voto:

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo é certa que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que —não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta. (STF, 2019. p. 17).

Por conseguinte, com base nos principais eventos da ADO 26 e MI 4733, percebe-se uma enorme insegurança jurídica, sendo os votos de alguns ministros antagônicos, assim como fundamentações distintas. Por fim, como recapitulação das informações, assim ficou decidida, considerando três pontos marcantes:

O primeiro prevê que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/2018 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. No

⁶ Lei de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

segundo ponto, a tese prevê que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Finalmente, a tese estabelece que o conceito de racismo ultrapasse aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis. Ficou vencido o ministro Marco Aurélio (STF, 2019, online).

Considerando o excerto acima, a decisão que prevaleceu foi à equiparação da prática de homofobia e transfobia ao crime de racismo, sendo, portanto a sua prática tratada pela lei de racismo até que seja editada lei específica.

Os ministros se apegaram em alguns aspectos intrínsecos ao objeto das ações, que é a natureza da discriminação racial e a discriminação por gênero, todavia partem de uma mesma noção, que é a dignidade da pessoa humana, essas duas faculdades se distinguem quanto à natureza. O racismo tratado na lei 7716/2018 considerado raça humana enquanto a formas de gêneros serem.

Este subtópico é fundamental, para que nas conclusões finais do presente trabalho, além de responder os objetivos da pesquisa, entende-las, consoante serem estes os casos centrais do corrente trabalho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual constituição federal brasileira, promulgada no ano de 1988, instituiu em seu texto, que o Brasil seria um Estado democrático de direito. A forma democrática determinada pelos constituintes, foi a auto limitação do poder, atribuindo deveres e direitos a três órgãos independentes e autônomos, o Executivo, Legislativo e o Judiciário, sendo conhecido como a tripartição do poder.

Aristóteles foi um dos que perceberam que o poder detinha funções diferentes, logo este pensamento continuou a ser pregado, até que Montesquieu foi além do ideal de Aristóteles. Montesquieu notou que poderia o poder uno, ser dividido de acordo com suas funções típicas, e isso limitaria o livre arbítrio dos líderes, algo que ainda é repudiado pela sociedade. Não demorou muito para que esta tese de Montesquieu ganhasse força, e fosse adotado por alguns estados.

O Brasil atualmente segue o mesmo ideal de Montesquieu, em autolimitar o poder utilizando a sua divisão, mais especificamente a sua tripartição; Vale ressaltar que o atual modelo brasileiro detém diferenças com o do filósofo supramencionado, haja vista a necessidade de adaptação com a atual sociedade.

A constituição brasileira determina que os poderes fossem independentes e autônomos, mas harmônico entre si. Logo foram atribuídas funções a cada um, assim como os direitos e limites. Esses limites uma vez ultrapassados, o responsável estaria incorrendo em um ato inconstitucional, e que também se pode conhecido como ativista. Quanto aos direitos concedidos aos poderes, seguindo o pensamento de alguns constitucionalistas, como já mencionado no decorrer deste trabalho, o poder judiciário, foi contemplado com uma série de direitos e funções, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal. Conseqüentemente, os números de demandas buscadas no judiciário após a vigência da constituição corrente, demonstra que a sociedade tem visto o judiciário como o principal prestador de direitos e garantias.

Relembrando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, um direito fundamental do indivíduo, reforça a ideia dos deveres do poder judiciário. Em alguns julgados, com o objetivo de exercer esse dever, como na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e no Mandado de Injunção 4733, o Supremo

Tribunal Federal tem suscitado críticas a seu respeito, sendo apontado como detentor de superpoder; em outras palavras, quer dizer que o judiciário tem privilégios em relação aos outros poderes, e em determinados casos abusado disso, ultrapassando seus limites, ocorrendo isso o poder judiciário invade a competência dos demais poderes.

Observa-se que a organização dos poderes deriva de um longo processo de busca por excelência de um Estado democrático de direito, este garantidor de direitos e garantias fundamentais à pessoa. Isso demonstra o zelo que se deve ter em cada ato, independentemente de qual dos poderes este pertence, pois a violação de seus limites contraria a própria constituição, esta que é fruto de vários anos de luta. Ademais uma vez violada, abre-se precedente para que o ato ocorra novamente, e isso resulta em um Estado frágil.

Vislumbra-se que o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e o Mandado de Injunção 4733 invadiu a competência do poder legislativo, isso viola o princípio da legalidade, o processo legislativo, e viola a tripartição do poder.

Na decisão do Supremo Tribunal Federal ele se apegou mais em três pontos, que é o objeto jurídico, a mora legislativa e aos limites dos poderes. Quanto ao objeto jurídico, ficou decidido que tanto o racismo quanto a homofobia e transfobia, partem de um mesmo ponto, que é o discurso de ódio e discriminação de determinado grupo.

Apesar desse ponto em comum, as duas são diferentes, o racismo no Brasil é um problema estrutural, que está presente na sociedade desde sua colonização, além disso, o racismo é uma forma de exclusão social motivado pela raça e cor. Considerando que o Brasil é um país com grande diversidade de raças e cores, é indiscutível a necessidade de legislação própria para proteger essas diferenças.

Já a homofobia e transfobia têm o discurso do ódio e a discriminação em comum com o racismo, porém somente isso não justifica a sua equiparação, pois são situações diferentes. Essa foi uma das preocupações quando na decisão, principalmente do ministro Ricardo Lewandowski, que demonstrou através de seu voto, que a equiparação em testilha, estaria criando um novo tipo penal, e isso violariam processo legislativo e principalmente a tripartição dos poderes. Porém, o voto de Ricardo Lewandowski foi vencido pela maioria.

Quanto a mora legislativa, foi reconhecida pelos ministros, sendo um dos pré-requisitos para procedência das ações. A mora de um dos poderes é um dos fundamentos que defendem a prática do ativismo, ou seja, quando um dos poderes atrasa, o outro preenche esta lacuna. Todavia, a harmonia dos poderes pregado na constituição federal não legitima este pensamento quando existe outra forma de preencher a mesma lacuna, como aconteceu no julgado que norteia esta pesquisa.

Na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e Mandado de Injunção 4733, ficou decidido que o congresso nacional deveria editar lei específica para criminalização de homofobia e transfobia, que segundo presidente do senado já estava em trâmite. Também ficou decidido que enquanto não fosse editada lei, as condutas homofóbicas e tranfóbicas fossem equiparadas ao crime de racismo.

A segunda decisão mencionada no parágrafo anterior fere a legalidade, o processo legislativo e a tripartição do poder, e conseqüentemente a democracia, ou seja, fere a constituição federal. Pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal ao cometer este ato, equiparando homofobia e transfobia ao racismo, rompe a separação do poder, essa violação contribui para enfraquecimento do Estado.

Vale ressaltar que mesmo as decisões garantidoras de direitos fundamentais à pessoa, suprimindo a mora de um dos poderes, se ocorrido de forma ativista, contribuem para o enfraquecimento do equilíbrio dos poderes. Por fim, é importante salientar que muitas decisões consideradas ativistas, podem ser vislumbradas como empoderamento, do órgão que o praticou. Logo é indiscutível que essas decisões são de certas formas importantes para que pessoas tenham seus direitos garantidos.

Por fim conclui-se que a constituição federal sempre visou garantir os direitos fundamentais à pessoa, desde que para isso não se torne necessário violações. Considera-se progresso, quando a constituição é inteiramente respeitada, e todos seus dispositivos caminham em concerto. A partir do momento que é necessária uma violação da constituição para garantir direitos constitucionais, conclui-se que este ato é um retrocesso no ordenamento.

REFERÊNCIAS

ATIVISMO. *In*: DICIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/ativismo/>. Acesso em: 29 Abr 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium** - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. p. 6.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do Estado - Filosofia Política e Teoria da Democracia, 5ª edição**. [São Paulo - SP] Grupo GEN, 2016. 9788597007947. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597007947/>. p 132. Acesso em: 04 maio 2021

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do Estado - Filosofia Política e Teoria da Democracia, 5ª edição**. [São Paulo - SP] Grupo GEN, 2016. 9788597007947. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597007947/>. p 169. Acesso em: 03 Abr 2021

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17, Jun, 2021

BRASIL. **Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

CAMPOS, C.A.D. A. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. [Rio de Janeiro]: Grupo GEN, 2014. 978-85-309-5776-6. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5776-6/>. Acesso em: 04 Maio 2021

CAMPOS, C.A.D. A. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. [Rio de Janeiro]: Grupo GEN, 2014. 978-85-309-5776-6. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5776-6/>. Acesso em: 04 Maio 2021. p. 164

LENZA, Pedro. **ESQUEMATIZADO - DIREITO CONSTITUCIONAL**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. 9786555594928. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594928/>. Acesso em: 22 Abr. 2021

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis, 9ª edição**. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2007. 9788502105232. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502105232/>. p 169. Acesso em: 03 Abr 2021

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis, 9ª edição**. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2007. 9788502105232. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502105232/>. p 170. Acesso em: 03 Abr 2021

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes** / Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. — 9. ed. — São Paulo: Saraiva, 2008. p. 183

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. [São Paulo - SP]: Grupo GEN, 2021. 9788597027648. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. Acesso em: 22, Jun 2021. p. 885.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2019. 9788530986544. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986544/>. Acesso em: 22 Abr 2021

SAMPIERI, Hernández Roberto. **Metodologia de pesquisa** [recurso eletrônico] / Roberto Hernández Sampieri, Carlos Fernández Collado, María del Pilar Baptista Lucio ; tradução: Daisy Vaz de Moraes; revisão técnica: Ana Gracinda Queluz Garcia, Dirceu da Silva, Marcos Júlio. – 5. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : Penso, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788565848367/pageid/1>. Acesso em: 13. Ago. p. 30

SAMPIERI, Hernández Roberto. **Metodologia de pesquisa** [recurso eletrônico] / Roberto Hernández Sampieri, Carlos Fernández Collado, María del Pilar Baptista Lucio ; tradução: Daisy Vaz de Moraes; revisão técnica: Ana Gracinda Queluz Garcia, Dirceu da Silva, Marcos Júlio. – 5. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : Penso, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788565848367/pageid/1>. Acesso em: 13. Ago. p. 33

THOMPSON. **Bíblia: letra grande / compilada e redigida por Frank Charles Thompson**; [Tradução João Ferreira de Almeida]. – São Paulo: Editora Vida, 2014. p. 51

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A CONSTITUIÇÃO DE 1988, VINTE ANOS DEPOIS: SUPREMA CORTE E ATIVISMO JUDICIAL “À BRASILEIRA”**. [São Paulo]: Revista Direito GV. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35158/33963>. Acesso em: 19, jun. 2021. p. 413.