



Centro Universitário de Brasília – UniCeub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

BRUNA SOUSA BORGES

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
À LUZ DO JULGAMENTO DA ADO Nº26**

**BRASÍLIA
2019**

BRUNA SOUSA BORGES

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
À LUZ DA ADO Nº26**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCeub).

Orientador: Hector Luís Cordeiro Vieira

**BRASÍLIA
2019**

BRUNSA SOUSA BORGES

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
À LUZ DA ADO Nº26**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCeub).

Orientador: Hector Luís Cordeiro Vieira

BRASÍLIA, 13 DE NOVEMBRO DE 2019.

BANCA AVALIADORA

Professor Hector Luís Cordeiro Vieira

Professor(a) Avaliador(a)

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A LUZ DA ADO Nº 26

Bruna Sousa Borges¹

RESUMO

O presente artigo fará um estudo sobre o fenômeno da judicialização da política realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Será utilizado um método dedutivo qualitativo onde, buscaremos explicar a estrutura político/jurídica nacional, abarcando a separação dos poderes e funções atinentes a eles. Trataremos sobre a ascensão do Poder Judiciário nos momentos contemporâneos, origem e desenrolar do fenômeno da judicialização, seu conceito e diferença ao ativismo judicial e, ainda, apontaremos as críticas e consequências advindas desta judicialização, através da análise do caso concreto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão número 26. O tema, tem grande relevância atualmente, visto que, o Poder Judiciário, vem tomando cada vez mais espaço no campo político nacional, ou seja, tem resolvido questões que, originariamente, seriam de competência do Poder Legislativo e Executivo. O escopo do trabalho é demonstrar como essa judicialização excessiva pode ser prejudicial ao Estado Democrático de Direito, no sentido que, viola o princípio da separação dos poderes e preceitos presentes na Constituição Federal. Será demonstrado de que forma o Poder Judiciário, utilizando de mecanismos de controle de constitucionalidade, propaga o fenômeno da judicialização, principalmente no tange ações que visem demonstrar a mora e omissão dos demais poderes. Ao passo que, demonstrada toda a problemática envolta da judicialização da política, trazemos o instituto dos diálogos institucionais, como forma de solução a esse conflito de legitimidade, mas, para além disso, como forma de trazer uma maior efetividade às decisões proferidas, e deixar a cargo do órgão mais competente a solução do caso concreto.

Palavras-chave: Separação dos Poderes. Estrutura política do Estado. Poder Judiciário. Judicialização da Política. Controle de Constitucionalidade. ADO nº 26. Mutações Constitucionais. Teoria concretista. Analogia em *Malam Partem*. Diálogos Institucionais.

Sumário: Introdução. 1 Separação dos poderes. 1.1 Estado Democrático de Direito. 1.2 Funções dos Poderes do Estado 2 Judicialização da Política. 2.1 Controle de Constitucionalidade. 2.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão. 2.1.2 Mutações Constitucionais. 3 Ação Direta De Inconstitucionalidade Por Omissão Nº 26. 3.1 Mora Legislativa 3.2 Teorias Concretistas 3.3 Analogia *in malam partem*. 3.4 Diálogos Institucionais. Considerações Finais. Referências.

¹ Discente do 10º semestre do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCeub. Estagiária do Núcleo de Digitalização do TJDFT. Estudante, e-mail: brunasb1998@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata sobre o fenômeno da judicialização da política, realizada pelo Poder Judiciário, mais especificadamente, pelo Supremo Tribunal Federal, à luz do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão número 26. O objetivo é entendermos como se deu esse fenômeno através da ascensão do poder judiciário nos últimos tempos e sua sobreposição sobre os demais poderes, por meio dos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Esse estudo se torna essencial, ao passo que, o fenômeno da judicialização, vem se espalhando cada vez mais no âmbito político nacional, não estando concentrado apenas no Brasil, sendo um fenômeno de caráter mundial. Aqui, vemos sua propagação desenfreada principalmente no que tange à grande insegurança nacional com os membros do Poder Executivo e Legislativo, devido aos recentes escândalos de corrupção.

Para analisarmos o tema, utilizamos o método dedutivo qualitativo, fazendo um estudo de um âmbito geral, onde explanaremos sobre o princípio da separação dos poderes e a estrutura político jurídica nacional, buscando entender as funções dos poderes do Estado. Posteriormente, adentraremos nos aspectos específicos da judicialização, entendendo como se deu sua evolução histórica, até os momentos contemporâneos, bem como, apresentando as críticas e consequências advindas deste fenômeno. Para isso, analisaremos o caso da ADO Nº 26, que evidencia o fenômeno da judicialização, mas além disso, nos mostra como sua propagação interfere diretamente em preceitos da própria Constituição Federal.

No primeiro capítulo faremos uma análise do princípio da separação dos poderes, bem como do Estado Democrático de Direito, buscando compreender as funções dadas a cada poder, principalmente no que tange suas funções políticas. E trataremos especificamente sobre o Poder Judiciário, no que tange ao Supremo Tribunal Federal, para demonstrarmos suas atribuições e competências.

Ademais, no segundo capítulo trataremos sobre o tema específico da judicialização da política, fazendo um contexto histórico a respeito da ascensão do Poder Judiciário, até que se chegasse aos momentos atuais, definindo a conceituação do fenômeno, sua diferença com o ativismo judicial, e as críticas sobre o mesmo. Ao

passo que, definido o fenômeno, analisaremos como se dá a relação entre os mecanismos de controle de constitucionalidade e a propagação da judicialização, entendendo, como ele pode ser utilizado como meio de usurpar a competência dos Poderes Legislativo e Executivo, principalmente no que tange às ações que visem demonstrar mora e omissão.

Posteriormente, no terceiro capítulo trataremos do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26, na qual, o Poder Judiciário, declarou a mora legislativa, e criminalizou, analogicamente ao crime de racismo, a discriminação homofóbica. Trataremos sobre a mora legislativa alegada no caso, demonstrando quando ela ocorre, e se no caso em tela realmente havia que se falar em mora por parte do legislativo. Ao passo que, será demonstrada a analogia *in malam partem* realizada no julgamento, demonstrando sua inconstitucionalidade e razões para o ser, onde será explicado, o porquê de a decisão não poder ser considerada uma mera hermenêutica constitucional. Adiante, analisaremos as teorias concretistas constitucionais, identificando qual fora utilizada no julgamento, e quais as possibilidades alternativas em que o Poder Judiciário poderia ter escolhido para evitar uma judicialização excessiva.

E, por fim, trazemos o estudo sobre o instituto dos diálogos institucionais, como forma de solucionar a problemática da judicialização, mas, além disso, como forma de buscar o poder mais competente para solucionar o caso concreto, de modo que dê efetividade e aplicabilidade às decisões, minimizando as problemáticas advindas da judicialização, como por exemplo, a ilegitimidade do Poder judiciário em atuar no campo político.

1. SEPARAÇÃO DOS PODERES

A nossa Constituição Federal, com o escopo de evitar a arbitrariedade e o desrespeito aos direitos fundamentais, previu a existência dos poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, dividindo entre eles as funções estatais, estipulando prerrogativas e imunidades, bem como mecanismos de controle recíproco, para assim, garantir o Estado democrático de direito. Essa divisão segundo o critério funcional, é o que conhecemos pelo princípio da separação dos poderes, que

consiste em distinguir três funções estatais, são elas, função legislativa, administrativa e jurisdicional. (MORAES, 2018)

Para Celso Ribeiro Bastos (1995) a forma correta de denominarmos este instituto é pela nomenclatura tripartição de funções e não de poderes, visto que, este é um só, e o que realmente se divide são suas funções, constituindo esta, uma manifestação de vontade por parte do Estado.

A ideia da separação de funções, teve sua aparição pela primeira vez na obra de Aristóteles "Política", posteriormente trabalhada por John Locke, no "Segundo tratado do governo civil", que reconheceu separação de funções, tais como, a executiva, pela qual se aplicava a força pública no âmbito interno, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados. Quando, finalmente, houve a obra de Montesquieu "O espírito das leis", a qual devemos a nossa tríade da separação dos poderes, se tornando princípio fundamental da organização liberal. (MORAES, 2018)

Segundo Canotilho e Moreira na obra "Os poderes do presidente da república"
p.71

"Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional. Esta lealdade compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira, consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda, determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível sem uma deontologia política fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de estado. (statesmanship)" (*apud*, MORAES, Alexandre de. 2016)

É possível notar que, os pensamentos a respeito da separação dos poderes, trazem consigo uma preocupação com a organização do Estado, para que assim, possa haver uma limitação de sua atuação, com a finalidade de preservar os direitos fundamentais e o Estado democrático de direito. Além disso, a partir desse princípio, observamos a busca pela segurança jurídica, afinal, através da divisão das funções estatais, é possível garantir uma adequação constitucional do que é transformado em norma, bem como, uma proteção de normas pré-escritas, de modo que elas não sejam

alteradas de forma arbitrária. Sendo papel de cada poder, no âmbito de suas funções típicas e atípicas, laborar a manutenção da estrutura político/jurídica do Estado. (OLIVEIRA, 2016).

Tal teoria se objetivou nas constituições das ex-colônias inglesas da América, se solidificando na Constituição dos Estados Unidos de 1787, e tornou-se um dogma constitucional com a revolução francesa de 1789, que declarou que não haveria constituição, a sociedade que não assegurasse a separação dos poderes e funções estatais. (SILVA, 2006)

No Brasil, a separação dos poderes se encontra no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, onde diz que “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário”. A Constituição trouxe independência aos três poderes, no entanto, permitiu um controle recíproco entre eles, o que chamamos de “*check and balances*” ou “freios e contrapesos”. Aplicar este sistema, significa conter os abusos dos outros poderes, para manter o equilíbrio, possuindo, portanto, cada poder, funções típicas e atípicas de controle. (OLIVEIRA, 2016)

Para Montesquieu, a separação dos poderes não era apenas uma teoria abstrata, que somente descrevia as formas de atuação do Estado, ela iria além, mais para uma teoria orgânica, que consiste em uma técnica de contenção do poder pelo próprio poder, onde os órgãos não poderiam atuar com arbitrariedade, pois nenhum desfrutaria de poderes para tanto. Fazendo-se valer, os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito. (BASTOS, 1995)

A muito se estuda a respeito do Estado e o que este viria a ser, Maquiavel, em sua obra “O Príncipe” (1513), o define como um instrumento pelo qual se tem controle sobre os homens. Mas, o Estado, se propaga para além disso, afinal, dentro de sua concepção, os indivíduos também possuem liberdades, estas sim limitadas, mas não excluídas, com o escopo de preservar a manutenção do direito de todos. Montesquieu (1995) diz que “A liberdade é o direito de fazer tudo que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder”. O Estado, portanto, mantém a ordem social através de liberdades e limites impostos em prol do bem-estar do homem em sociedade. (RIBEIRO, 2017)

A Constituição Federal de 1988 determinou que, o Estado Brasileiro seria na forma de uma República Federativa, onde se adotou uma forma de governo republicana, ou seja, os governantes seriam eleitos pelo povo para representá-los por um período pré-determinado. A Constituição, também trouxe o caráter federativo, onde, em seu primeiro artigo, dispôs sobre a união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, formando assim, um Estado Democrático de Direito. (RIBEIRO, 2017)

1.1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nossa Constituição ao adotar um Estado Democrático de Direito garantiu que, o Estado promoveria normas democráticas, eleições livres e periódicas, assim como, um respeito às autoridades e órgãos públicos, além da garantia de proteção aos direitos fundamentais. (MORAES, 2000)

Mas não se restringe a isso, ele não está limitado à escolha e atuação dos representantes, mas também abrange a soberania popular. Para José Afonso da Silva (1988), o Estado Democrático de Direito:

“Se funda no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento”. (SILVA, José Afonso, 1988, p.20)

É uma forma de organização que contrapõe o sistema absolutista, e assim se dá, pois não mantém nas mãos de um só órgão ou pessoa, a detenção do poder estatal, motivo este, que se adota o princípio da separação dos poderes, para que se garanta a divisão de funções e se limite a atuação do poder do Estado. Portanto, o Estado democrático de direito, se consolida com a harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, onde, cada um exerça suas funções típicas, bem como, as atípicas, com as devidas limitações, respeitando, a separação dos poderes. Afinal, segundo as diretrizes de Estado Democrático de Direito, importa que os poderes sejam exercidos por quem detém competência para tanto. (SIQUEIRA, 2008)

Como vimos, é de suma importância, que sejam respeitados e garantidos os direitos fundamentais dos cidadãos, só assim, temos um Estado Democrático de fato.

Para que essa premissa não seja apenas um princípio estruturante, é papel do Estado, elaborar normas e políticas públicas, que deem efetividade e aplicabilidade a esses direitos. Essa função, é dada aos poderes do Estado, onde, cada poder, segundo sua competência, labora a manutenção da política, seja na proposição e elaboração de atos normativos, seja na implementação de políticas públicas, ou até mesmo nas decisões judiciais. Para que se entenda o papel de cada poder na concretização do Estado democrático de direito, faremos um breve estudo sobre as funções dos Poderes do Estado.

1.2 FUNÇÕES DOS PODERES DO ESTADO

As funções do Estado foram distribuídas a três poderes, quais sejam, o executivo, o legislativo e o judiciário, que devem exercer suas competências de forma independente, porém harmônica. (BRASIL, 1988)

O Poder Executivo, é um órgão constitucional cuja função é a prática de atos de chefia de Estado, governo e administração. Cabe ao chefe do executivo, ou seja, ao Presidente da República, apresentar planos de governos, executar leis elaboradas pelo legislativo, através das políticas públicas, ou até mesmo, dar início ao processo de elaboração de atos normativos. É de competência dele, sancionar ou vetar os projetos de leis votados pelo Congresso Nacional, de modo a verificar a compatibilidade de tais projetos com as premissas constitucionais. (LENZA, 2018)

Outrora, o Poder Legislativo tem como função legislar e fiscalizar, onde, por um lado, a Constituição previu as regras nas quais seus agentes devem se basear para seguir o processo legislativo, e por outro, lhe atribuiu a competência de fiscalizar questões contábeis, orçamentárias e operacionais do poder executivo. (MORAES, 2018)

É através do processo legislativo que se dá a criação de atos normativos, bem como a alteração dos já existentes, como por exemplo, acontece no caso das emendas constitucionais. Para que um projeto de lei seja transformado em norma propriamente dita, ele passa por cinco etapas, quais sejam, a iniciativa, na qual, os legitimados apresentam os projetos de lei; a discussão, onde o projeto passa por comissões especializadas para atestar a compatibilidade do projeto com a

Constituição; a votação, onde o Congresso Nacional decide sobre a implementação ou não do projeto; a sanção ou veto, onde o projeto é encaminhado ao chefe do executivo, para que o mesmo delibere; a promulgação, onde se atesta a existência da lei e, por fim, a publicação, onde se informa à sociedade sobre a lei e a data de sua vigência. (MENDES, 2011)

Como visto, o poder legislativo possui a competência legiferante, no entanto, ele não está obrigado a exercer essa atribuição. A criação ou não de normas é algo discricionário e de caráter conveniente ao legislador, sendo este, obrigado a agir apenas quando houver norma de eficácia limitada, que dependa de outra para produzir efeitos. Neste caso, não havendo qualquer iniciativa do Poder Legislativo, estaria o mesmo em mora inconstitucional. Analisaremos a mora legislativa no terceiro capítulo, quando tratarmos da ADO nº 26.

Por fim, temos o Poder Judiciário, enfoque do presente trabalho. Ele tem por função aplicar contenciosamente a lei aos casos concretos. O Poder Judiciário é uno e indivisível, atuando por seus órgãos, esses sim, divididos em federais e estaduais. Para o presente artigo analisaremos o Supremo Tribunal Federal, que é um órgão de cúpula do Poder Judiciário, com competência adstrita a matérias constitucionais, bem como determina o artigo 102 da Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

O Supremo Tribunal Federal, é composto por onze ministros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados por maioria do Senado Federal, portanto, sem qualquer relação com o voto popular. Ele tem como competência, a guarda da Constituição Federal, bem como sua interpretação conforme os princípios basilares da mesma. Grande parte do controle de constitucionalidade é realizado por ele, que vem sendo cada vez mais provocado a agir sobre questões políticas, com o viés interpretativo sobre a constituição. (NOVELINO, 2014)

Este fato por um lado é eficaz e necessário, afinal, se precisa dar efetividade e aplicabilidade ao texto constitucional, no entanto, ao interferir excessivamente na esfera política, originariamente de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário, propaga um fenômeno denominado de judicialização, no qual, nos aprofundaremos no próximo capítulo. Para entendermos o porquê de atribuir a competência política aos Poderes Legislativo e Executivo, aprofundaremos sobre o tema da política e sua definição.

O surgimento da política nos leva à Grécia antiga, onde o filósofo Aristóteles a entendia como um instrumento do homem que o levaria à felicidade. Nos dias atuais, a política foi sendo entendida como uma mera busca de exercer o poder em uma nação. No entanto, o conceito de política é algo amplo e abrangente, ela está relacionada àquilo que diz respeito à sociedade, a convivência dos cidadãos, é um conjunto de regras que determina a conduta do homem. Para isso, a política não só limita a atuação dos cidadãos, mas também os concede liberdade. É papel dos representantes da política possibilitar um convívio igualitário e digno a seus cidadãos. (MACÊDO, 2018)

É através de políticas públicas que os representantes fornecem esses direitos aos cidadãos. Elas são ações tomadas pelo Estado com o objetivo de atender aos interesses da sociedade civil, de forma a possibilitar o acesso dos cidadãos aos seus direitos fundamentais. São programas desenvolvidos pelos governos para atender ao bem-estar da população. (MACÊDO, 2018)

É papel do Poder Legislativo e Executivo a efetivação de atos normativos, assim como, é papel deles a criação e execução dessas políticas, cabendo ao Poder Judiciário, interferir somente em caso de conflito. É por isso que dizemos que a política é exercida pelos Poderes Executivo e Legislativo, pois eles são os legitimados, eleitos pelo povo, direta e indiretamente, e os que possuem competência técnica para tanto. Cabendo, ao Judiciário, um papel intermediário, de modo que aja quando provocado e dentro de suas competências. (MACÊDO, 2018)

Nos momentos atuais, vemos uma inversão a essa lógica, o Poder judiciário vem sendo cada vez mais provocado a agir em questões políticas, e isso acarreta diversos problemas, como a ilegitimidade, micro-justiça, o não entendimento da sociedade civil, entre outros que serão abarcados no próximo capítulo, ao adentrarmos no fenômeno da judicialização.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Ao longo dos anos, as questões políticas foram saindo da esfera dos Poderes Executivo e Legislativo, para figurar no campo do Poder Judiciário. Exemplos disso, são os julgamentos sobre o aborto de fetos anaencéfalos, a permissão para

casamento homoafetivo, e o mais recente, que será explanado pelo presente artigo, a criminalização da homofobia, em analogia ao crime de racismo. Esse fenômeno se caracteriza como judicialização da política.

Antes de adentrarmos na definição propriamente dita do fenômeno, faremos uma análise do contexto histórico do Poder judiciário, para entendermos sua ascensão nos dias atuais e compreender melhor as causas da judicialização da política.

O Estado constitucional de direito, se consolidou na Europa continental no final da segunda guerra mundial, onde, até esse momento, se figurava um Estado legislativo de direito, no qual, a Constituição era entendida como um documento político, cujas normas eram aplicadas indiretamente, dependendo do desenvolvimento dado pelo legislador. Neste momento, não havia que se falar em controle de constitucionalidade pela via judiciária, havia sim, que se falar em uma supremacia do parlamento. Já no Estado Constitucional de Direito, a Constituição passa a ter força de norma jurídica, onde ela é centralizada, além da possibilidade de haver um controle por parte do Judiciário de fiscalizar e interpretar, como corte suprema, suas normas. Prova disso é a expressão jurisdição constitucional, nos expondo o caráter interpretativo e aplicativo da Constituição por órgãos judiciais. No Brasil, essa competência é exercida por todo juiz e tribunal, estando no topo da pirâmide, o STF. (BARROSO, 2012)

A jurisdição constitucional, compreende duas ações particulares, a primeira, é a aplicação direta da Constituição, que implica por exemplo, determinar de quem é a competência para determinado ato, se baseando nas diretrizes trazidas pela própria Constituição, e a segunda, traz uma aplicação indireta, que se dá com a interpretação de uma norma infraconstitucional, usando como paradigma, o texto da constituição, exercendo assim, o controle de constitucionalidade. (BARROSO, 2012)

Com a ascensão do poder judiciário, houve o surgimento de um fenômeno que chamamos de judicialização. Esse fenômeno se deu através da confiança dada ao Poder Judiciário, no sentido de transferir a ele a concretização da política. Significa dizer que, questões relevantes do ponto de vista político/social, saíram da esfera dos Poderes Executivo e Legislativo, para serem decididos através de órgãos jurisdicionais.

John Ferejohn aponta três características sobre a judicialização. A primeira é a forma impositiva com a qual o Poder Judiciário vem impondo limites às instituições legislativas. A segunda, se refere ao campo das audiências, que vem sendo cada vez mais um local para a realização da política. E por fim, como terceira característica, ele aponta que os juízes e tribunais têm regulado a conduta da atividade política, aplicando seus padrões comportamentais à essa classe. (MORAES, 2012)

Uma das causas do fenômeno, é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como um elemento importante para as democracias modernas. É possível vislumbrar este fato em nosso contexto nacional, onde os Poderes Executivos e Legislativos foram fortemente desacreditados devido às grandes polêmicas de corrupção os envolvendo. No entanto, esse fenômeno não se limita ao Brasil, acontecendo em diversos locais do mundo, como Canadá, Estados Unidos, Turquia, entre outros. (SANTOS, 2011)

A definição que se extrai das análises conceituais sobre a judicialização, é uma atuação marcante do Poder Judiciário com o escopo de rever decisões dos poderes políticos, tendo como base a Constituição Federal. Além disso, pode ser identificado como uma transferência das decisões legislativas e executivas para a esfera jurisdicional, com a expansão dos métodos das decisões judiciais para instâncias não judiciais. (NUNES, 2011)

Nesse contexto, há uma disseminação do discurso jurídico, bem como do linguajar robusto e técnico para a esfera política, que em tese tem um discurso muito mais próximo dos cidadãos. Se trata de uma invasão por parte do discurso jurídico nas relações sociais.

Para mais de toda a insegurança nacional com os órgãos políticos nacionais, o controle de constitucionalidade, que será melhor estudado a frente, permite que matéria políticas e morais sejam levadas, principalmente ao Supremo Tribunal Federal, para que este se posicione a respeito. No entanto, como se sabe, a atuação jurisdicional deve ser evitada de qualquer parcialidade e posicionamento político, e com a judicialização e interferência do Judiciário na política, as decisões passaram a ter cunho pessoal e político, fugindo à intencionalidade do texto constitucional. (STRECK, 2013)

Além do fenômeno da judicialização, temos o ativismo judicial, que normalmente são tratados como sinônimos, mas não o são. Enquanto a judicialização é uma interferência do Poder Judiciário na competência dos outros poderes, trazendo para o campo jurídico e audiências judiciais as questões políticas, gerando consequências à separação dos poderes e, portanto, ao Estado Democrático de Direito. O ativismo judicial é uma forma proativa de decisões por parte dos juízes e tribunais, onde se extrai a maior potencialidade do texto legal, principalmente o que tange o texto constitucional, de modo a garantir os direitos fundamentais, respeitando os limites presentes no texto, e realizando uma hermenêutica condizente com as diretrizes constitucionais. (BARROSO, 2012)

Entendida a definição a respeito do fenômeno da judicialização da política, adentraremos agora nos aspectos críticos relacionados a ele, com o escopo de demonstrar a violação à separação dos poderes e, portanto, ao Estado Democrático de Direito.

A primeira crítica a ser feita tem um viés político democrático, está relacionada com a ilegitimidade dos juízes e tribunais em agir no âmbito político. Isso se dá, pois, a investidura nos cargos jurisdicionais, nada tem a ver com a vontade popular, como se dá no caso dos membros do Poder Legislativo e Executivo. Se entendendo que eles não possuem legitimidade democrática condizente com nossa forma de governo para atuar de forma excessiva na política, contrariando os princípios basilares da democracia. (BARROSO, 2012)

Outro ponto, é a questão ideológica de que, o Poder Judiciário é um órgão conservador e distribuidor de poder e riqueza na sociedade, e neste sentido, funciona como uma reação das elites contra a democratização, de modo que menospreza a política realizada pelos membros eleitos pela maioria popular. (BARROSO, 2012)

Ademais, temos a crítica relacionada com a capacidade institucional do judiciário, segundo essa linha de pensamento, é papel dos três poderes interpretar a constituição e se basear nela para realizar suas atribuições, cabendo em caso de divergência o encaminhamento da questão ao judiciário. No entanto, isso não significa que toda e qualquer questão deva ser decidida por um tribunal, e nesse sentido, há a preocupação com a capacidade institucional do Poder Judiciário, já que tem estado cada vez mais abarrotado. Devido a isso, seria extremamente difícil que se conseguisse proferir

decisões com aplicabilidade eficaz no âmbito político, sem que para isso, houvesse tempo hábil para um estudo amplo do caso concreto. (BARROSO, 2012)

Há um porquê de todo o sistema da separação de poderes, ele funciona não só como uma forma de evitar um governo absolutista, mas também garante uma maior eficiência dos atos praticados, dando a cada poder uma competência para que o mesmo a exerça com excelência. Portanto, um poder adentrar excessivamente na esfera do outro, prejudica a eficiência das tomadas de decisões, por falta de técnica e tempo hábil. (BARROSO, 2012)

Além disso, temos a problemática quanto a limitação do debate provocado pela judicialização. Essa crítica está relacionada à elitização, no sentido que, no debate apresentado pelo Poder Judiciário em sede de audiências, há uma concentração de diálogos com linguajar rebuscado e jurídico, não sendo de conhecimento da maioria da população. Isso faz com que a sociedade civil fique excluída do debate, este completamente diferente do realizado pelos membros do Executivo e Legislativo. Para tentar sanar este problema, muitos julgamentos tem a participação dos *amicus curiae*, no entanto, este instituto ainda está longe de sanar a problemática. (BARROSO, 2012)

Mais um ponto passível de crítica ao fenômeno da judicialização, é o aumento das decisões em uma análise de micro justiça. No polo dos Poderes Legislativo e Executivo, há o que chamamos de macro justiça, nela, para que se tome decisões, há um estudo de um processo eleitoral, prerrogativas dos poderes, gestão macroeconômica, legitimação, segurança jurídica nacional, entre tantos outros aspectos. No entanto, no Poder Judiciário, não há uma análise de macro justiça, pela falta de técnica sobre esses assuntos, há sim que se falar em uma análise de micro justiça, onde os juízes e tribunais conseguem medir a amplitude de suas decisões ao que diz respeito ao caso concreto analisado, mas não vislumbram os impactos nacionais advindos de suas próprias decisões. (VIANNA, 2013)

Segundo Ana Paula Barcellos:

“Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Ou seja: ainda que

fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado”. (BARCELLOS, Ana Paula, 2006, p. 32)

O que podemos notar, é que há uma ingerência por parte do poder judiciário, principalmente no que tange a execução de políticas públicas, sem a devida tecnicidade orçamentária e de planejamento, nos deixando mais evidente a sua ilegitimidade e ineficiência para tratar das mesmas. O papel do judiciário não é tomar partido da competência dos demais poderes, mas sim, de guardar o texto constitucional, e somente agindo quando a mesma estivesse para ser ou sendo violada.

Daniel Sarmento (2000) salienta essa necessidade do agir subsidiário do Poder Judiciário:

É evidente, porém, que em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalecentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional. (SARMENTO, Daniel, 2000, p. 114)

O Direito Constitucional Brasileiro, se traduz em um respeito aos direitos fundamentais, e quando estes estão ameaçados ou sofrendo restrições, cabe ao Poder Judiciário agir para se fazer valer os princípios constitucionais. Para isso, uma das formas com as quais a Constituição Federal possibilitou essa averiguação, foi através dos mecanismos de controle de constitucionalidade, que, porventura, vem propagando cada vez mais o fenômeno da judicialização.

2.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma expansão dos mecanismos de controle de constitucionalidade, e com isso, ficou claro que esse alargamento nos levaria a uma judicialização da política, e conseqüentemente, uma politização da própria Justiça, como analisa Manoel Gonçalves Ferreira Filho. (RODAS, 2018)

Em poucos anos, fora reconhecida a força normativa da Constituição, bem como o papel do Poder Judiciário em concretizá-la, através de sua interpretação. Além disso, a Constituição de 1988 aumentou a quantidade de instrumentos de controle de constitucionalidade, exemplos disso, foram a criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da arguição de descumprimento de preceito fundamental, do mandado de injunção, do habeas data, e por último, da ação declaratória de constitucionalidade. (RODAS, 2018)

Fora o aumento dos instrumentos, também fora alargado o número de legitimados. Antes da Constituição de 1988, somente o Procurador Geral da República poderia mover uma ADI. Depois dela, diversos órgãos públicos, partidos políticos e entidades de classes, passaram a ser legitimados a questionar a compatibilidade de uma norma com o texto constitucional. (RODAS, 2018)

Nesse contexto, de uma presença maior de mecanismos de controle de constitucionalidade, a judicialização passou a se manifestar. Os juízes e tribunais passaram a editar normas como concretização de princípios, interferir no campo das políticas públicas e determinar um sentido às normas que nem a própria Constituição as deram. (RODAS, 2018)

É sabido que o papel do Poder Judiciário, mais notadamente do STF, é guardar a Constituição quando provocado, a fim de concretizar os direitos fundamentais. No entanto, é de suma importância que o faça de forma motivada no texto legal e longe de deliberações puramente políticas, para se garantir a imparcialidade dos julgadores.

O sistema de controle de constitucionalidade, promove medidas que visam a superação de uma norma viciada pela inconstitucionalidade, e a restauração da mesma de acordo com o ordenamento constitucional. Este controle, é baseado na supremacia e na rigidez que é dotada nossa Constituição. A primeira, diz respeito a posição hierarquicamente mais elevada que a mesma possui, e a segunda, está ligada à burocracia e ao procedimento moroso e detalhado que se tem para elaborar e modificar o texto constitucional, em relação ao que se tem para normas infraconstitucionais. (MENDES, 2008)

Ele pode ser dividido em controle difuso e concentrado, ou até mesmo, em sistema americano e sistema europeu de controle, esses últimos acabaram por ensejar o surgimento misto dos modelos, que agregam em um só, os dois modelos de

controle. O brasileiro é um desses exemplos de um controle misto. O controle de constitucionalidade no Brasil, é caracterizado pela diversidade de instrumentos processuais destinados a fiscalizar os atos do poder público e à própria proteção dos direitos fundamentais. (MENDES, 2008)

A inconstitucionalidade de uma norma, pode ser formal e material, a formal está ligada ao vício de forma, é chamada de inconstitucionalidade orgânica, ou seja, o processo ou procedimento pela qual ela foi elaborada está viciado, está em desacordo com os preceitos constitucionais. Já a inconstitucionalidade material está ligada ao conteúdo da norma, sua matéria está em desacordo com a constituição. O reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo, seja em razão de vício formal ou material, gera a invalidade da norma, que terá sua eficácia paralisada. (BARROSO, 2012)

Ademais, temos a inconstitucionalidade advinda de uma ação, na qual, o ato praticado ou a norma posta está em desacordo com os preceitos e princípios constitucionais. Podendo também, advir de uma omissão por parte do Estado, omissão esta que gerou uma deficiência na concretização de direitos fundamentais e, portanto, uma omissão inconstitucional. (BARROSO, 2012)

2.1.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

No Brasil, a inconstitucionalidade por omissão foi recepcionada na Constituição de 1988, no qual consagrou dois remédios constitucionais para combater a problemática, quais sejam, o mandado de injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da CF88, para tratar de matérias incidentais, e a ação de inconstitucionalidade por omissão, tipificado no artigo 103, parágrafo 2º, da CF88, para o controle concentrado de constitucionalidade. (BARROSO, 2012)

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), é a ação pela qual se torna efetiva uma norma constitucional em razão de uma omissão do Estado. Devido ao arcabouço de normas presentes em nossa Constituição, muitas delas necessitam de leis que as regulamentem, para dar-lhes efetividade, de modo que, sem essas leis, essas normas de eficácia limitada ficam sem produzir seus efeitos. (BRASIL, 1999)

Desta forma, a ADO tem o objetivo de provocar o poder judiciário para que seja reconhecida a mora na regulamentação de lei capaz de dar efetividade às normas

constitucionais. Ela veio como uma resposta ao problema da omissão constitucional, que impossibilitava ou dificultava o exercício dos direitos fundamentais. Como diz Luís Roberto Barroso “trata-se de um processo objetivo de guarda do ordenamento constitucional afetado pela lacuna normativa ou por um ato normativo insuficiente”. (BARROSO, 2012)

A petição inicial da ADO, deve vir indicando a omissão inconstitucional, seus pedidos e especificações e, caso seja declarada a omissão, o artigo 22 da lei 9868/99, determina que o Poder Judiciário dê ciência ao poder competente para a adoção das medias necessárias.

No entanto, não tem sido esse o procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Ao invés de dar a ciência ao poder competente, para que este, sendo o legitimado, solucione a omissão, o Poder Judiciário tem complementado a lacuna, muitas vezes se utilizando de institutos como a mutação constitucional para aplicar seu entendimento e para se esquivar de um elaborado processo legislativo.

2.1.2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Inicialmente, antes de se especificar a definição do instituto da mutação constitucional, é necessário entendermos que, para que se altere a Constituição Federal, é necessário que se passe por um moroso processo de Emenda à Constituição, e assim o é, para proteger o texto constitucional e garantir o Estado Democrático de Direito.

No entanto, há uma possibilidade de alterar a Constituição Federal, sem que haja a necessidade de se passar pelo processo de Emenda. Isso se dá, através da mutação constitucional, onde há a alteração no significado e alcance da norma, sem que se altere o corpo textual da Constituição, ou seja, o texto permanece o mesmo, mas o sentido que se dá à norma é outro. (MENDES, 2012)

Essa necessidade de se estabelecer um mecanismo capaz de aumentar o alcance dado a uma norma, advém de uma evolução histórica e social, de modo que o significado dado a determinada norma, deve ser modificado, com o escopo de dar efetividade aos direitos condizentes com os fatores temporais e culturais. É uma forma de buscar a “Constituição ideal”, onde as normas presentes nela, sejam capazes de atender à sociedade, independentemente do tempo. (LOEWENTEIN, 1965)

Em tese, esse mecanismo de controle nos parece necessário, e realmente o é, ante a necessidade de adequarmos a norma ao contexto cultural da sociedade. No entanto, esse é um mecanismo que depende de um apurado sentido de hermenêutica constitucional, de modo que se dê um entendimento à norma, condizente com a vontade do poder constituinte originário e em compatibilidade com o texto constitucional.

Entretanto, não é bem isso que tem se visto, afinal, as interpretações dadas à Constituição, nada tem a ver com o sentido que a norma realmente propunha, e isso, tem se tornado um instrumento essencial à propagação da judicialização, de modo que, o Poder judiciário, amparado por um mecanismo de controle de constitucionalidade, aplica seu entendimento à norma, sem se preocupar com a verdadeira intenção do poder constituinte originário.

Essa situação fica clara e evidente, ao analisarmos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde é possível se notar mutações constitucionais que violam princípios da própria Constituição. Como é o caso da ADO nº 26, onde o STF, se utilizando de mecanismos de controle de constitucionalidade, realizou uma mutação constitucional, criminalizando as condutas homofóbicas, em analogia ao crime de racismo, ferindo o princípio da reserva legal, e propagando a judicialização da política.

3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº26

Entendido o fenômeno da judicialização da política, bem como suas problemáticas e instrumentos de propagação, faremos a análise do caso concreto da ADO nº 26, que evidencia esse fenômeno, bem como o desrespeito aos princípios constitucionais.

A ação teve início em 12 de janeiro de 2014, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, e como requerente o Partido Popular Socialista. Além de diversas participações de *amicus curiae*. (STF, 2019)

A referida ação, buscava a criminalização de ofensas, homicídios, agressões e discriminações contra a sociedade LGBT+, em razão do gênero, por analogia ao crime de racismo, previsto no artigo 5º, inciso XLII, da CF88, além da responsabilização do

Estado, e a consequente indenização por parte dele para as vítimas desses atos. (STF, 2019)

Subsidiariamente, era requerido a analogia às discriminações atentatórias a direito e liberdades fundamentais, previstas no artigo 5º, inciso XLII. Ou ainda, subsidiariamente, analogia ao princípio da proporcionalidade, na acepção de proibição de proteção deficiente. Sendo requerido ao final, a fixação de prazo razoável ao Congresso Nacional, para que o mesmo viesse a tomar as medidas cabíveis.

Em relação aos votos, por maioria, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu a mora por parte do Congresso Nacional, para incriminar os atos atentatórios a direitos fundamentais da comunidade LGBT+ em analogia ao crime de racismo.

Os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luis Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Carmem Lúcia e Gilmar Mendes, votaram pelo enquadramento das práticas de homofobia e transfobia ao tipo penal definido na lei do racismo (lei 7.716/89), até que o Congresso Nacional editasse lei específica sobre a matéria.

Outrora, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, entendiam que somente o poder legislativo poderia atuar dessa forma, através de um projeto de lei a esse respeito. O Ministro Marco Aurélio sequer reconhecia a mora inconstitucional por parte do Poder Legislativo. No entanto, restaram vencidos por oito a três, a favor da criminalização.

Entendido o objetivo da ação, e seu desfecho, faremos agora uma análise aos pontos mais emblemáticos a respeito dela, apresentando as críticas relacionadas ao posicionamento do STF.

3.1 MORA LEGISLATIVA

Em suma, para que seja proposta uma ADO, é necessário que se apresente uma omissão por parte do Poder Legislativo, ou seja, uma mora em editar um ato normativo, com o qual, o mesmo era obrigado pela própria Constituição Federal a fazer.

No caso da ADO nº 26, fora alegado a mora do Poder Legislativo quanto ao tema da criminalização da homofobia. No entanto, além da inexistência de mora, devido a

discricionariedade legiferante, que veremos a seguir, haviam dois projetos de lei a respeito do tema em tramitação no Congresso, todavia, isso não impediu que o STF tomasse frente à questão, usurpando o papel do legislador.

Segundo palavras do Ministro Relator do caso, Celso de Mello, “a mera existência de proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, não tem o condão de afastar, por si só, a configuração de inércia por parte do Poder Legislativo”.

(MELLO, 2019)

Para entendermos a afirmação do Ministro e chegarmos a uma conclusão sobre ela, analisaremos, primeiramente, a definição da palavra mora. Ela diz respeito a uma impontualidade no cumprimento de uma obrigação, portanto, a mora legislativa significaria que, sendo obrigado a legislar sobre determinado tema, o Poder Legislativo não o fez. (ANCHER e SIQUEIRA, 2002)

Todavia, é necessário entendermos que a competência legiferante, atribuída ao Poder Legislativo, é discricionária, ou seja, é de conveniência e oportunidade dos agentes políticos, somente podendo a impor ao tratarmos de normas de eficácia limitada, onde os agentes têm o dever de legislar para dar aplicabilidade à norma. Ou seja, o silêncio legislativo não é, necessariamente, uma problemática, podendo tratar-se apenas de uma opção política válida. (BARCELLOS, 2015)

Em relação à criminalização da homofobia, o Poder Legislativo, não tinha a obrigação de legislar, visto que, sua inércia não trouxe uma inconstitucionalidade, e muito menos uma impossibilidade na concretização de direitos fundamentais. Afinal, as condutas praticadas contra a sociedade LGBTQ+, não estão desamparadas no âmbito penal, embora não especificadamente, as agressões, ofensas e discriminações, não deixavam de ser punidas, visto que, cada uma se enquadra a um tipo penal já existente, como o crime de lesão corporal, injúria, entre outros.

Com isso, o Poder Judiciário, não teve argumentos condizentes para auferir a mora por parte do Legislativo, visto que, a Constituição Federal, nem de modo interpretativo, atribuiu a ele a obrigação de criminalizar a conduta, não havendo, portanto, que se falar em uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Luís Roberto Barroso elucida essa questão ao afirmar que o intérprete constitucional deve manter um compromisso com a efetividade da Constituição, ou seja, deve interpretar a mesma de acordo com as interpretações plausíveis que ela

dispõe, e buscar soluções que não sejam baseadas apenas em uma não auto aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão legislativa. (BARROSO, 2011)

Ana Paula Barcellos também sintetiza bem essa questão da discricionariedade legislativa:

(...) se denomina autonomia da função legislativa ou liberdade de conformação do legislador, que não legislar é uma das possibilidades disponíveis a ele, só sendo possível falar de um dever constitucional de legislar nas hipóteses previstas pela constituição (...) não existe um dever geral de legislar oponível ao legislativo, que tem a liberdade institucional de escolher o que vai ou não regulamentar. O dever de legislar só se verifica nas hipóteses previstas pela constituição, devendo-se reconhecer, dentro dos limites daquilo que a constituição definitivamente obriga ou proíbe, a discricionariedade estrutural do legislador (BARCELLOS, Ana Paula, 2015, P. 667)

Se extrai de tudo isso que, o legislador, somente é obrigado a legislar ante um comando advindo da Constituição Federal, e como no caso em tela analisado, não há que se falar nessa obrigação, sequer de forma interpretativa, não se pode considerar o Poder legislativo em mora, e portanto, não há que se falar em uma ADO. Tornando ilegítima a conduta adotada pelo Supremo Tribunal Federal, e evidenciado o fenômeno da judicialização e interferência massiva na competência do Poder Legislativo.

Outrora, analisando por outro ponto, caso fosse verídica a mora por parte do Poder Legislativo, o Poder Judiciário teria outras formas de solucionar a questão, através da aplicação da teoria concretista intermediária, que explicaremos a seguir.

3.2 TEORIAS CONCRETISTAS

O Poder Judiciário, ante suas decisões, já adotou duas teorias, a não concretista e a concretista. A primeira, diz respeito a uma conduta totalmente inerte do Poder Judiciário, no qual, o mesmo apenas identificaria a mora e a informaria ao Poder Legislativo. E, ao passo que, se o poder legislativo não tomasse qualquer posição, ainda assim, não haveria sanção ou iniciativa por parte do judiciário para concretizar o direito. (DIAS, 2016)

Ademais, temos a teoria concretista, que se subdivide em concretista direta e concretista intermediária. A primeira delas, e a qual foi adotada pelo Supremo no julgamento da ADO nº 26, é aquela em que, o Poder Judiciário, reconhece a mora

legislativa, e diretamente resolve a problemática, sem que para isso, haja a participação do Poder Legislativo. (DIAS, 2016)

Já a teoria concretista intermediária, é aquela em que o Poder Judiciário identifica a mora legislativa, e a informa ao poder competente, para que este, ante suas atribuições solucione a mesma. E somente em caso de inércia por parte do Legislativo, o Poder Judiciário tomaria partido e solucionaria a questão. Essa teoria busca a cooperação entre os poderes, e não uma interferência, é uma medida que busca solucionar o caso concreto respeito as diretrizes da separação dos poderes e do Estado Democrático de Direito. (DIAS, 2016)

É possível vislumbrar que, o Poder Judiciário, possuía mais de uma opção de como solucionar a problemática da inércia acreditada por eles, no entanto, fora escolhida a que mais excluiria o órgão competente a legislar a respeito. Ao se utilizar da teoria concretista direta, o STF abriu mão de dar ao órgão competente a possibilidade de sanar a inércia, de forma legítima e técnica, propagando o fenômeno da judicialização da política e ferindo a separação dos poderes. Afinal, não é de competência do judiciário legislar, nem alterar a Constituição de uma forma além da hermenêutica básica que a mesma possibilite.

Ao realizar essa escolha pela teoria concretista direta, o Supremo Tribunal Federal, criminalizou as condutas de homofobia e transfobia analogicamente ao crime de racismo, realizando, portanto, uma analogia *in malam partem*, que explicaremos melhor a seguir, se salvaguardando em sua competência de interpretar a Constituição, mas com isso, ferindo princípios da mesma.

3.3 ANALOGIA IN MALAM PARTEM

Como já relatado, o pedido principal da ADO nº 26, era que fosse criminalizado a discriminação homofóbica e transfóbica analogicamente ao crime de racismo. Ocorre que, no âmbito do direito penal, é defeso realizar analogia *in malam partem*, ou seja, não se deve realizar uma analogia que venha a adicionar uma conduta passível de punição a um tipo penal já existente. Afinal, isso violaria diretamente o princípio da reserva legal, onde não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena

sem prévia cominação legal, como garante o artigo 5º, inciso XXXIX, da CF88. (BRASIL, 1988)

A analogia *in malam partem*, consiste em uma analogia que se torna prejudicial ao réu, ao passo que, ela cria uma conduta passível de punição, por similitude a um tipo penal já existente, mediante um fato que não se enquadra, em sua totalidade, a nenhum tipo penal incriminador. E foi exatamente isso que o STF fez ao criminalizar a homofobia analogicamente a crime de racismo, afinal, ele trouxe uma nova conduta para dentro do crime de racismo, criando uma nova figura criminalizadora, sem que para tanto, houvesse lei anterior que definisse a conduta como crime, violando o artigo 3º do Código de Processo Penal. (NUCCI, 2016)

Segundo Rogério Greco (2004):

“em matéria penal, por força do princípio da reserva legal, não é permitido, por semelhança, tipificar fatos que se localizam fora do raio de incidência da norma, elevando-os à categoria de delitos. No que tange as normas incriminadoras, as lacunas, porventura existentes, devem ser consideradas como expressões da vontade negativa da lei. E, por isso, incabível se torna o processo analógico. Nestas hipóteses, portanto, não se promove a integração da norma ao caso por ela não abrangido “(GRECO, Rogério. 2004, p. 48)

A proibição quanto a analogia em *malam partem* é uma defesa ao cidadão, visto que, é um fator limitador no poder de punição do Estado, é uma forma de garantir o Estado Democrático de Direito e preservar o princípio da legalidade. Não estamos tratando de uma defesa à criminalidade ou ofensa ao papel punidor do Estado, mas sim, de um devido processo legal, onde resta resguardado, que um cidadão só será punido por aquilo que a lei proíbe que o mesmo faça, buscando sempre uma segurança jurídica, para se evitar que, em determinado caso, o juiz por suas próprias convicções, puna o cidadão por algo que sequer era proibido em lei.

O ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto na ado 26, no qual restou vencido, enfatiza esta tese de que, estender o tipo penal para abarcar situações específicas da norma incriminadora vai contra o princípio da reserva legal, afinal, segundo ele, a Constituição Federal, somente admite a lei como fonte formal e direta de regras de direito penal. (LEWANDOWSKI, 2019)

No entanto, esse não foi o entendimento majoritário dos Ministros do STF. Ao passo que, os votos se deram em oito a três favoráveis à criminalização em analogia ao crime de racismo. O Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, afirma que, fora

realizado apenas uma interpretação conforme a Constituição, de acordo com o conceito de raça previsto na lei 7.716/89. (MORAES, 2019)

Ademais, Celso de Mello, reconhece a impossibilidade de realização de analogia *in malam partem*, mas diz que a decisão do STF ao caso, em nada se confunde com isso, e o que houve foi um legítimo exercício hermenêutico da Suprema Corte, se tratando, portanto, de uma hermenêutica sistemática da Constituição. Em suas palavras “no âmbito da jurisdição Constitucional, a função hermenêutica permite a utilização da interpretação conforme a Constituição, que será possível adequar o significado da lei quando esta apresentar vários significados”. (MELLO, 2019)

Como paradigma, o Ministro cita o caso do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), onde fora estendido o crime de racismo para condutas contra judeus. No entanto, o caso nada tem a ver com a ADO nº 26, afinal, no caso Ellwanger, fora tratado a criminalização de discriminações contra judeus, ou seja, uma discriminação quanto à raça, sendo perfeitamente compatível com o crime de racismo, afinal, a Constituição pune condutas discriminatórias contra a raça, não sendo limitado apenas para negros. No entanto, em momento algum, sequer de forma interpretativa, a Constituição estende esse entendimento à gênero, portanto, não há que se falar em uma analogia do crime de racismo às condutas homofóbicas, visto que, raça e gênero não se confundem.

É notável que, além de não haver similitude de um caso e outro, o que fora realizado foi uma analogia *in malam partem*, e não apenas uma hermenêutica conforme a Constituição, afinal, não dá para se identificar a pretensão do Poder Constituinte originário em estender o conceito de raça à gênero.

Como visto acima, uma forma de se alterar o sentido da norma sem que para isso se altere o corpo textual, é através da mutação constitucional. O que fora realizado no caso em tela, visto que, sem alterar o texto, a Suprema Corte adicionou um entendimento ao significado original da norma.

Esse procedimento tem sido cada vez mais utilizado como forma de se evitar um burocrático processo de emenda à Constituição e, como é papel do Poder Judiciário realiza-lo, é mais uma forma de se judicializar a política, de modo que os juízes e tribunais adequem as normas a seus próprios entendimentos.

Essa atitude tomada pelo STF, não apenas neste julgamento, mas em tantos outros, evidencia sua escolha pela teoria concretista direta, e sua intenção de se sobrepor aos demais Poderes. Se utilizam de argumentos como a hermenêutica constitucional e a defesa aos direitos fundamentais para burlar o próprio texto constitucional.

Restando comprovado, por todo o analisado, que o julgamento da ADO, contrariou diversos dispositivos da Constituição, além de ter evidenciado o fenômeno da judicialização através de mecanismos de controle de constitucionalidade.

Para se evitar essa problemática, ao longo dos anos, foram estudados mecanismos capazes de combatê-lo, ou minimizar sua incidência. Um desses mecanismos é a instituição de diálogos institucionais, que veremos melhor a seguir

3.4 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

A expressão diálogos institucionais surgiu a partir de um conceito canadense, que de modo amplo, serve para se referir às interações entre os poderes do estado, no qual, o poder judiciário não teria a última palavra irrevogavelmente. É uma forma produtiva de interação, na qual os poderes trocam informações e argumentos, para que, cada um, dentro de suas capacidades e conhecimentos específicos, possam tomar decisões completas e mais elaboradas, tendo todo o conhecimento e técnica proveniente de todos os membros dos três poderes. (TASSINARI e LOPES, 2018)

A teoria dos diálogos institucionais defende que, sob o ponto de vista técnico/empírico, e sob o ponto de vista normativo, o Poder Judiciário não deve deter o monopólio da interpretação constitucional, de modo que, a decisão final deve ser instruída com a participação dos demais poderes, de modo a restabelecer a representatividade e a legitimidade. O importante aqui, não é sobre quem dará o veredicto final, mas sim, ao modo que se chegou a ele e quais os meios de debate utilizados. (BATEUP, 2006, *apud* PEREIRA, 2015)

Os diálogos institucionais são, portanto, uma forma de se evitar a estreita função do Poder Judiciário. Ademais, há a preocupação também com diálogos sociais, onde

o próprio povo seria ouvido e participaria de debates a respeito de questões que os afetaria diretamente.

Os problemas ligados à ilegitimidade do judiciário e a judicialização seriam minimizados com a abertura à colaboração dos outros poderes e agentes políticos para além do Poder Judiciário. A ideia da criação de diálogos institucionais se liga na concepção de que, a agregação de conhecimentos advindos de diferentes fontes traria soluções plausíveis, e que estaria de acordo com as acepções dos três poderes, diminuindo demandas de controle de constitucionalidade, por exemplo. (CLÉVE e LORENZETTO, 2015)

A intenção dos diálogos não é deixar o Poder Judiciário como um órgão subsidiário e afastar sua legitimidade de guardar a Constituição, é sim, de permitir que, em questões políticas levadas até ele, possa haver o diálogo entre os poderes, de modo que seja dado ao caso concreto, segundo uma análise de macro justiça, a melhor decisão.

É de suma importância entendermos que, o diálogo institucional não fere a separação dos poderes, pelo contrário, ele reafirma esse princípio, de modo que cada poder possa exercer sua atribuição e competência dentro de uma decisão. É uma forma moderna de entendermos a separação dos poderes como uma colaboração.

A interação entre os poderes, acabaria por colocar fim nas problemáticas acerca da judicialização. Ela, além de trazer o caráter legítimo às decisões, visto a participação dos agentes políticos e técnicos, permitiria que as decisões fossem analisadas na ótica da macro justiça, onde seria analisado as consequências mediatas e imediatas das decisões, através dos debates entre os poderes. (OSTERNO, 2017)

Traria por solucionar as questões do acesso à população aos debates, onde, a interação com os demais poderes, traria consigo um debate mais popular, sem todo o arcabouço jurídico trazido pelas decisões judiciais, que acabam por afastar grande parte da população que não possuem o conhecimento técnico sobre o mesmo.

Com isso, é possível se vislumbrar que a instauração dos diálogos institucionais no âmbito das decisões políticas levadas até o judiciário, traria uma melhor efetividade às decisões proferidas, de modo que haveriam agente técnicos e legitimados ajudando a se chegar na decisão final e, também uma amplitude maior do desenrolar das decisões em um âmbito nacional.

Portanto, estaríamos com isso, respeitando a legitimidade do Poder judiciário em interpretar a Constituição quando provocado, mas também, respeitando a ótica política dos demais poderes, preservando o Princípio da Separação dos Poderes, como também, o Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em tudo que fora explanado acima, podemos afirmar que o fenômeno da judicialização tomou grandes proporções nos momentos atuais, devido a uma insegurança nacional com os membros praticantes da política, ou seja, os membros do Poder Legislativo e Executivo.

Além de toda essa insegurança, a nossa Própria Constituição de 1988, ao trazer diversos mecanismos e legitimados a realizar o controle de constitucionalidade, propagou ainda mais o fenômeno da judicialização, de modo que questões políticas foram sendo trazidas para o campo jurisdicional.

Com isso, o Poder Judiciário foi tomando cada vez mais espaço na política nacional, acarretando diversas problemáticas atinentes à legitimidade, análise de micro justiça, acesso precário da população às decisões judiciais, entre outros explanados a cima.

Essa propagação do fenômeno, gera grande violação ao princípio da separação dos poderes, visto que, embora deva haver um controle recíproco, a Constituição, não admite a interferência excessiva de um poder na competência do outro, pelo contrário, ela atribui funções a cada um para se garantir maior efetividade, além de preservar o Estado democrático de Direito. De modo a não deixar nas mãos de um único poder, todas as funções estatais.

Exemplos dessa propagação e desrespeito aos princípios constitucionais, é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26 tratada acima, que evidencia a atuação do Poder Judiciário de forma incisiva no polo de competência do Poder Legislativo. Se utilizando de mecanismos de controle de constitucionalidade para propagar o fenômeno da judicialização.

Na referida ação, fica claro a adoção pela teoria concretista direta em prol da intermediária, de modo a afastar cada vez mais os agentes políticos capacitados. Bem

como, a utilização de ações que visem demonstrar a mora legislativa para aplicar seus entendimentos à norma. Entendimentos esses, que por vezes contraria os próprios princípios e normas do texto constitucional, como no caso em tela, em que fora realizado uma analogia *in malam partem*.

Portanto, é notável que a propagação da judicialização, se torna prejudicial ao próprio Estado, que fica à mercê dos entendimentos políticos de onze ministros, não eleitos pelo povo, em prol de 594 membros do Congresso, para interpretar a Constituição. Por isso, tem-se a preocupação com a instituição de diálogos institucionais, de modo a frear o fenômeno da judicialização e minimizar os impactos das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Afinal, através dele, se é possível resolver a problemática da legitimidade, de modo que os poderes competentes trariam seu conhecimento técnico para as decisões, acarretando em uma decisão amplamente eficaz, com uma análise de macro justiça e um linguajar próximo à sociedade civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO. [s.d]. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/guia/clientes/acao-direta-de-inconstitucionalidade-depor-omissao.htm>. Acesso em 14/10/19.

ANCHER, Anne Joyce, e SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de. Mora. Dicionário jurídico. 6ª edição. São Paulo: Rideel, 2002. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/889/Mora>. Acesso em 05/10/19.

Atribuições do poder legislativo. Congresso Nacional. [s.d]. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/institucional/atribuicoes>. Acesso em 15/07/19.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Revista de direito do Estado. P. 3/32, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Direito e política. Silêncio do legislador, interpretação e analogia. Jurisdição constitucional e política / coordenação Daniel Sarmiento, p. 661-673. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Barroso vê judicialização excessiva no Brasil e critica justiça lenta. 2017. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/08/18/interna_politica,893092/barros

o-ve-judicializacao-excessiva-no-brasil-e-critica-justica-lenta.shtml. Acesso em: 15/09/19

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Jurisprudência Mineira, Belo Horizonte, p. 35-50, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva, direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetro para a atuação judicial. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 10/09/19

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 16ª edição, São Paulo. Saraiva. 1995

BATISTA JUNIOR, Edil. O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 43.

BATISTA Junior, Edil; MAURÍCIO Leitão Adeodato, João. O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da interpretação constitucional no Brasil: um estudo retórico analítico acerca da adoção da súmula vinculante. 2009. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

BRASIL, Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10/07/19

BRASIL, lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm, acesso em: 20/07/19

BRESCOVIT, Leandro. O voto do ministro Celso de Mello na ado 26 (homofobia). A questão da analogia em malam partem. A escolha certa pelos meios errados. 2019. Disponível em: <https://leandrobrescovit.jusbrasil.com.br/artigos/712700898/o-votodo-ministro-celso-de-mello-na-ado-26-homofobia-a-questao-da-analogia-em-malampartem-a-escolha-certa-pelos-meios-errados>. Acesso em 13/10/19.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Os poderes do presidente da república Op. cit. p. 71 apud MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional, 33ª edição. Grupo GEN. 2017.

CERA, Denise Cristina Mantovani. O que se entende por processo legislativo sumário?. [s.d]. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2008217/o-que-se-entende-por-processo-legislativo-sumario-denise-cristina-mantovani-cera>. Acesso em 11/08/19

CHAVES, Vinicius figueiredo. Possibilidades e riscos da judicialização da política para a consolidação democrática brasileira. [s.d].

CLÉVE, Clémerson Merlin, e LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392015000300183&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em 14/10/19.

DE OLIVEIRA, Edmundo Alves et al. As Bases para a Governança entre os Três Poderes: Os Limites e a Interação entre os Três Poderes da República. Revista de Direito do IAP, p. 119-134, 2016.

DIAS, Thaíla Rédua Pestana. Evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de mandado de injunção. Da teoria não concretista à teoria concretista. Artigo científico para pós-graduação na escola de magistratura do estado do Rio de Janeiro. 2016. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2016/pdf/ThailaReduaPestanaDias.pdf. Acesso em 10/10/19.

DURÃO, Rodrigo Silva. Mutação constitucional: conceito, histórico e evolução. [s.d]. Disponível em: <https://duraorodrigo.jusbrasil.com.br/artigos/154636521/mutacaoconstitucional-conceito-historico-e-evolucao>. Acesso em 18/08/19.

Entenda o processo legislativo. Câmara dos Deputados. [s.d]. disponível em: <https://www.camara.leg.br/entenda-o-processo-legislativo/>. Acesso em: 15/07/19.

FEREJOHN, John. Judicializando a Política, politizando o Direito. apud MOREIRA, Luiz (Org.). Judicialização da Política. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 63.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 39^a edição. São Paulo. Saraiva. 2013.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal – parte geral. 4^a edição. Rio de Janeiro. Impetus. 2004, p. 48.

HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapol tica e o surgimento dos tribunais políticos. apud MOREIRA, Luiz (Org.). Judicialização da Política. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 28.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 22^a ed. Saraiva. 2018

LEWANDOWSKI, Ricardo. 2019. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em 13/10/19

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: 2 Ariel Ediciones, p. 164. 1965.

LOPES, Nairo José Borges. O que é a judicialização da política?. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50237/o-que-e-a-judicializacao-da-politica>. Acesso em: 03/11/2019

MACÊDO, Stephanie. Políticas públicas: o que são e para que existem. 2018. Disponível em: <https://al.se.leg.br/politicas-publicas-o-que-sao-e-para-que-existem/>. Acesso em 03/11/19

MACHADO, Danielle Gomes. Judicialização excessiva X ausência de políticas públicas – ponderação nas decisões judiciais, separação dos poderes e o direito a saúde. Rio de Janeiro. 2010. Escola da magistratura do RJ. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_2010/daniellemachado.pdf acesso em 17/09/19.

MAIA, Raquel Passos. A legitimidade da mutação constitucional por interpretação judicial. 2018 disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37572/1/ulfd137527_tese.pdf. Acesso em: 04/08/19

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p.11.

MELLO, Celso de. Notícias STF. Íntegra do voto do ministro Celso de Mello pela continuidade do julgamento de ação que pede criminalização da homofobia. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412008>. Acesso em: 05/10/19.

MELLO, Celso de. STF. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26, Distrito Federal. Voto Celso de Mello. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em 13/10/19.

MENDES, Gilmar Ferreira Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 2ª edição. São Paulo. 1999.

MIRANDA, Henrique Savonitti. Curso de direito constitucional. Brasília. Senado Federal. 2004.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Sécondat. O Espírito das Leis. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 33ª edição. Grupo GEN. 2017.

MORAES, Alexandre de. 2019. Voto na ADO 26. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ado-26-voto-alexandre-moraes.pdf>. Acesso em 13/10/19

MÜLLER, Friedrich. Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 57

NUCCI, Guilherme. Analogia em malam partem. 2016. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/analogia-in-malam-partem>. Acesso em 13/10/19.

NUNES, D. J. C. Processo jurisdicional democrático. Curitiba, 2011.

O poder Executivo. 2010. Disponível em: <http://legado.brasil.gov.br/noticias/cidadaniae-inclusao/2010/11/o-poder-executivo>. Acesso em: 28/08/19.

OSTERNO, Rayssa Carly Fernandes Macêdo. O poder da última palavra e os diálogos institucionais: uma análise da crise da jurisdição constitucional. Dissertação para aprovação na pós-graduação da universidade federal de Santa Catarina. 2017.

PISKE, Oriana, e SARACHO, Antônio Benites. Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System). 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-intervistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesoschecks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 10/07/19.

PEREIRA, Fabrício de Souza Lopes. Diálogos institucionais e sociais. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42452/dialogos-institucionais-e-sociais>. Acesso em 03/11/19

Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206. 2015.

RIBEIRO, Adilson Pires. Estrutura organizacional do Estado brasileiro: breves considerações à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67843/estrutura-organizacional-do-estadobrasileiro-breves-consideracoes-a-luz-da-constituicao-da-republica-federativa-dobrasil-de-1988>. Acesso em: 03/11/2019

RODAS, Sérgio. Fortalecimento do controle de constitucionalidade estimulou ativismo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-05/fortalecimento-controleconstitucionalidade-estimulou-ativismo>. Acesso em: 03/11/2019

SANTOS, B. de S. Para uma revolução democrática da justiça. 3. Ed. São Paulo, 2011.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 2000. P 114.

SILVA, Gabriela Costa e. Efeitos das decisões em ação direta de inconstitucionalidade por omissão: da possibilidade de prolação de sentenças criativas no controle abstrato das omissões do poder público. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-DirBras_v.19_n.8.25.pdf. Acesso em: 17/09/19.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 109, 2006. apud DE OLIVEIRA, Edmundo Alves et al. Revista de Direito do IAP, p. 119-134, 2016.

SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. 1988. Rio de Janeiro. P. 20.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Estado Democrático de Direito. Separação de poderes e súmula vinculante. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12155/estado-democratico-de-direito>. Acesso em 03/11/19

STF, 2019. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 18/08/19.

STF. Decano declara omissão legislativa e afirma que homofobia representa forma contemporânea de racismo. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403953>. Acesso em: 20/09/19

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 3. Ed. Editora revista dos tribunais. São Paulo, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio M`ont Alverne Barreto. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. 2008. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>. Acesso em 15/07/19

TASSINARI, Clarissa, e LOPES, Ziel Ferreira. Os diálogos institucionais são o remédio para o ativismo judicial?. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-19/diario-classe-dialogos-institucionais-saoremedio-ativismo-judicial>. Acesso em 14/10/19.

- TRINDADE, Reis, A.F. D. Manual de direito constitucional, 2ª edição. Saraiva. 2015.
- NOVELINO, Marcelo, Manual de Direito Constitucional - Volume Único, 9ª edição, Hétodo, 2014.
- VELLOSO, Carlos Mario Da Silva. Temas de Direito Público. Belo Horizonte. Del Rey. 1997.
- VIANNA, L. W. A judicialização da política. In: AVRITZER, L et al. (org). dimensões políticas da justiça. Rio de Janeiro, 2013.
- Votos. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em 13/10/19
- WEFFORT, Francisco Correa (Org). Os Clássicos da Política. 14. Ed. vol. 1. São Paulo: Ática, 2006, p. 11-186.