



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO

NEDSON DANILDO DA FONSECA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E RESERVA LEGAL:
ANÁLISE DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA**

MOSSORÓ/RN

2019

NEDSON DANILDO DA FONSECA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E RESERVA LEGAL: ANÁLISE DA
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA**

Monografia apresentada à Especialização em
Direito Constitucional e Tributário/UFERSA
como requisito parcial para obtenção de título de
especialista em Direito Constitucional e
Tributário.

Orientador: Prof. (a) Dr. Ulisses Levy Silvério dos
Reis.

MOSSORÓ/RN

2019

© Todos os direitos estão reservados a Universidade Federal Rural do Semi-Árido. O conteúdo desta obra é de inteira responsabilidade do (a) autor (a), sendo o mesmo, passível de sanções administrativas ou penais, caso sejam infringidas as leis que regulamentam a Propriedade Intelectual, respectivamente, Patentes: Lei nº 9.279/1996 e Direitos Autorais: Lei nº 9.610/1998. O conteúdo desta obra tornar-se-á de domínio público após a data de defesa e homologação da sua respectiva ata. A mesma poderá servir de base literária para novas pesquisas, desde que a obra e seu (a) respectivo (a) autor (a) sejam devidamente citados e mencionados os seus créditos bibliográficos.

F676j Fonseca, Nedson Danilo da .
Jurisdição constitucional e reserva legal:
análise da criminalização da homofobia / Nedson
Danildo da Fonseca. - 2019.
42 f. : il.

Orientador: Ulisses Levy Silvério dos Reis .
Monografia (especialização) - Universidade
Federal Rural do Semi-árido, Curso de Direito
Constitucional e Tributário, 2019.

1. jurisdição constitucional. 2. princípio da
reserva legal. 3. omissão legislativa. I. Reis ,
Ulisses Levy Silvério dos, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal Rural do Semiárido, compreendendo todo o corpo de profissionais, professores, administração, técnicos e auxiliares de serviços gerais;

À Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Constitucional e Tributário pela concessão de bolsa de estudo;

Ao meu orientador, Ulisses Levy Silvério dos Reis, pela confiança e empenho em dividir sua experiência acadêmica.

RESUMO

Em decorrência da omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou, por meio do julgamento do Mandado de Injunção (MI) n. 4733 e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, o tema da criminalização da homofobia/transfobia. Dentre outros mandamentos, a Corte determinou, com efeitos prospectivos, até que o Parlamento venha a legislar a respeito, a aplicação da Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. A decisão tem gerado muitas discussões acerca da atuação ativista do STF, especialmente por ferir o princípio da reserva legal em matéria penal. A presente pesquisa teve como objetivo analisar em que medida a atuação da Corte feriu garantias constitucionais penais limitadoras do poder de atuação do Estado? Para tanto, fez-se uso de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial por meio de mecanismos de busca do sítio da Suprema Corte. Ademais, realizou-se confrontação entre os posicionamentos anterior e atual do Ministro Ricardo Lewandowski. Como resultados, observou-se que a atuação do STF fere o princípio da reserva legal, uma vez que assume competência que a CF/88 não lhe atribui, mitigando importantes garantias estabelecidas pelo constituinte. No que se refere ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski, constatou-se que seu posicionamento, contrário à extensão dos tipos penais previstos na Lei nº 7.716/89 à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, foi o mesmo adotado em processo anterior, quando atuou como relator.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, princípio da reserva legal, omissão legislativa.

ABSTRACT

Due to legislative omission, the Supreme Court faced, through the judgement of the Injunction No. 4733 and the Direct Action of Unconstitutionality by Omission No. 26, the theme of criminalizing homophobia/transphobia. Among other commandments, the Court has determined, with prospective effects, until the Parliament comes to legislate on the subject, the application of the Act No. 7,716/89 in order to extend the typification fixed to the resulting crimes of discrimination or prejudice against race, color, ethnicity, religion or national background to the discrimination by sexual orientation or gender identity. The decision has created various discussions on the activist role of the Supreme Court, especially by offending the principle of legal reserve in terms of penal matter. The present research aimed to analyze to what extent did the Court injure criminal constitutional guarantees limiting the State's power of action? To accomplish this, bibliographical and case law research was utilized through the mechanism of search on the Supreme Court's website. Moreover, confrontation of previous and current understandings of the Minister Ricardo Lewandowski were carried out. In conclusion, it was observed that The Supreme Court's action offended the legal reserve principle, since it has assumed a competence the Federal Constitution/88 did not assign to it whatsoever, mitigating important guarantees established by the constituent power. Concerning the Minister Ricardo Lewandowski's voting, it was observed that his understanding, contrary to the extension of the penal types foreseen in the Act No. 7,716/89 to the discrimination against sexual orientation or gender identity, was the same as adopted in a previous process, when he acted as the presiding judge.

Key words: Constitutional jurisdiction, principle of legal reserve, legislative omission.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Notificações de Violações. Fonte: Disque 100/ Relatório Violência LGBTfobia (2018).....	24
Figura 2 – Espacialização do número de homicídios de LGBT's por estado da Federação em 2016. Fonte: GGB/ Relatório Violência LGBTfobia (2018)	25

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESERVA LEGAL EM MATÉRIA PENAL	11
2.1. DIREITO E POLÍTICA: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM DIAS DE ATIVISMOS	11
2.1.1. ATIVISMO JUDICIAL	13
2.2. CONTROLE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E OS LIMITES DA LEGALIDADE EM MATÉRIA PENAL	17
3. O STF NO ENFRENTAMENTO A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA	23
3.1. DIMENSIONANDO O PROBLEMA	23
3.2. O JULGAMENTO DA ADO N. 26 E O MI N. 4733.....	26
4. ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI.....	33
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
6.REFERÊNCIAS.....	40

1. INTRODUÇÃO

Os termos LBGTFobia, preconceito e violência são imperativos categóricos à dinâmica sociocultural e política no atual contexto da população LGBT¹. Não obstante reconhecidos avanços na aceitação dessas minorias, o debate acerca da temática assume papel relevante por evidenciar os tipos de violência enfrentado por este grupo no Brasil.

Nessa questão, a violência pode ser observada como qualquer rompimento da ordem, traduzida no emprego da força a fim de estabelecer uma dominação de forma ilegítima no exercício da vontade de grupos majoritários, seja pelo uso da coerção física ou psicológica.

No Brasil, a falta de políticas públicas de Estado capazes de assegurar igualdade material entre seus cidadãos, sem levar em conta diferenças de orientação sexual, tem levado os grupos LGBT para o centro dos debates políticos. O destinatário natural dessas demandas, em tese, seria o Poder Legislativo, mas a posição até então inerte dos legisladores tem feito com que os resultados advenham do Judiciário, por força do seu poder mandamental.

A situação referida tem gerado ruídos na harmonia dos poderes, fazendo com que o Judiciário, especialmente por sua jurisdição constitucional, tenha que atuar de modo ativista, em alguns casos ultrapassando os limites impostos pela própria Constituição Federal, no que se refere à sua legítima competência.

Tema central desse debate tem girado em torno do papel político que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem assumido ao enfrentar matérias que o Parlamento, inconstitucionalmente, se omite em enfrentar, a exemplo da criação de lei penal incriminadora para coibir violências de qualquer tipo de conduta homofóbicas e transfóbicas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém.

Em decorrência da omissão legislativa, foi esse debate que o STF enfrentou por meio do julgamento do Mandado de Injunção (MI) n. 4733 e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26. Dentre outros mandamentos, o Pleno do STF determinou aplicação, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, da Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

¹ LGBT é uma sigla que compreende todos os indivíduos que em nossa sociedade são classificados como homossexuais, ou seja, Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros. Dessa sigla decorre o termo LBGTFobia, sendo a aversão ou discriminação às pessoas que compõem esse grupo.

Mas não estaria o STF agindo com excesso de ativismo, extrapolando os limites de sua função jurisdicional, ao inovar no ordenamento e determinar a extensão de tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora? Não estaria ferindo a garantia penal constitucional traduzida no princípio da estrita reserva legal?

Diante deste contexto, o presente trabalho teve como objetivos: i) discutir as dimensões do ativismo judicial na jurisdição constitucional, observando os limites que o princípio da reserva legal confere a este poder ao tratar de matéria de direito penal; ii) analisar o resultado decorrente do julgamento do MI n. 4733 e da ADO n. 26 ; e iii) analisar o voto do Ministro Ricardo Lewandowski a fim comparar com o entendimento de julgados anteriores no que se refere ao princípio de estrita legalidade na seara penal.

A pesquisa partiu de uma revisão bibliográfica realizada nas áreas do direito constitucional, penal e áreas de conhecimento afins à ciência jurídica. Em seguida, fez-se uma análise do resultado oriundo do julgamento do MI n. 4733 e da ADO n. 26. Por último, confrontou-se o voto do Ministros Ricardo Lewandowski com entendimento adotado pela Corte em julgados anteriores, inclusive do próprio Ministro.

Para a busca dos julgados, utilizou-se a ferramenta de buscas de jurisprudência disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal. Os termos utilizados na pesquisa foram: princípio da legalidade e princípio da reserva legal. Inicialmente fez-se uso de um recorte temporal de 10 (dez) anos, sendo aumentado ano a ano até chegar ao resultado de jurisprudências que tratassem da legalidade no âmbito do Direito Penal.

Assim, este trabalho foi estruturado em três momentos: i) foi inicialmente pontuada a relação entre a jurisdição constitucional e a política, levando em conta as discussões do ativismo, especialmente ao tratar das omissões legislativas, sem perder de vista os limites impostos pelo princípio da reserva legal no que se refere à matéria de direito penal; ii) analisou-se o contexto de violência enfrentado por grupos minoritários em decorrência da orientação sexual ou gênero e a decisão em sede de controle de constitucionalidade em que o STF estendeu tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero; iii) por último, confrontou-se o voto do Ministro Ricardo Lewandowski com entendimentos seus anteriores no âmbito da legalidade em matéria penal.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESERVA LEGAL EM MATÉRIA PENAL

As seguintes subseções analisarão a relação entre o Direito e Política refletida no papel ativista desempenhando pelo STF no âmbito da jurisdição constitucional, o controle de constitucionalidade em decorrência de omissão legislativa e os limites trazidos pelo princípio da reserva legal à integração de lacunas normativas no âmbito de matéria de direito penal.

21 DIREITO E POLÍTICA: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM DIAS DE ATIVISMOS

O Estado de Direito, respeitando a divisão de poderes, busca sedimentar a liberdade dos indivíduos, por meio da lei, cuja criação segue procedimento estabelecido pela constituição. A produção legislativa, nesse aspecto, é compatível com a função típica do Parlamento, cuja formação se dá por membros eletivos, nela podendo haver interferência, em maior ou menor grau, do Poder Executivo, a depender do sistema de governo adotado.

Ante exposto, se faz necessário problematizar acerca da legitimidade da jurisdição constitucional atuando como legislador substituto, ou, em certa medida, na condição de constituinte (NOBRE JUNIOR, 2017).

Ao valorar a legitimidade de determinada lei, a jurisdição constitucional interfere sobre o resultado proveniente da competência de um dos poderes políticos, apresentando, na grande maioria das vezes, um caráter geral e vinculante. Ademais, o julgamento sob o prisma de um caráter neutro e objetivo, no que tange à compatibilidade de uma lei em face da constituição, demarcando limites à atuação do legislador, ou quando censura a omissão deste em editar normas consagradoras de direitos fundamentais, é uma clara demonstração de que o tribunal constitucional exerce função no plano da política (NOBRE JUNIOR, 2017).

É interessante também observar em qual espaço político está associada a jurisdição constitucional quando atua para apontar o sentido com que deve ser compreendida ou interpretada a constituição. Preocupado com essa relação, Zagrebelsky (2008) entende que a interpretação não consiste apenas em um desenvolvimento lógico de proposições livre de qualquer discricionariedade.

O autor chama atenção para a existência de dois pactos que direcionam as nossas sociedades políticas. O primeiro é o pacto pela sociedade, o qual resulta na política como um

mecanismo que enseja o ambiente de convivência e união. O segundo se traduz em um pacto de sujeição por meio da ideia da política como disputa entre as partes.

Portanto, na convivência entre o tribunal constitucional e a política, não é possível desconhecer a ambivalência de significados, visto que é latente a conexão entre ambos.

Analisando a relação entre o meio jurídico e o político, sob o prisma de uma teoria sistêmica, Luhmann (2016) defende que, embora haja autonomia e funções diversas nos sistemas jurídico e político, é possível identificar influências recíprocas entre ambos. Desse modo, os direitos subjetivos dependem de um poder político com um certo grau de organização para que possam ser operacionalizados por meio das decisões coletivas. Em outro aspecto, as referidas decisões assumem a feição de obrigatoriedade em decorrência da forma jurídica em que são formadas e o seu conteúdo deve estar dentro das balizas das normas vigentes, especialmente a Constituição.

As formas como esses dois sistemas se interligam é chamada pelo autor de “acoplamento estrutural”, cabendo, no caso do Estado Democrático de Direito, à Constituição fazer o liame entre o sistema jurídico e o político.

Dessa relação é possível entender que, por atuar sem perder de vista a dimensão política, a jurisdição constitucional, ao menos em tese, objetiva o bem-estar geral, a ser posto em prática por meio da incidência das diretrizes que a constituição estabeleceu para o desempenho da atuação do Estado e para indicar o sentido do agir dos particulares (NOBRE JUNIOR, 2017).

Partindo da premissa apresentada pelo autor, podemos afirmar que as decisões exaradas no âmbito das cortes constitucionais, em sua maioria, possuem peso e repercussão muito maiores do que as provenientes de outros tribunais, resolvendo litígios difusos. As decisões das cortes constitucionais possuem o condão de vincular poder público e particulares, se fazendo presente o conteúdo político.

Na tentativa de explicar a centralidade das cortes constitucionais nas mais importantes decisões para a vida da sociedade e sua dimensão com a política, Just (2014) apresenta algumas considerações. Para o autor, houve um aumento efetivo da importância da constituição e muitas expectativas a ela se dirigiram.

As constituições, operacionalizadas especialmente pelas cortes constitucionais, passaram a ser instrumentos de limitação jurídica de poder, de transformação da realidade social, além de um contrapeso a uma certa instabilidade de produção normativa, legal e regulamentar típica de sociedades industriais. Partindo disso, Just (2014) defende a existência de uma imanência constitucional de todo o direito.

Fazendo um contraponto entre o agir político do Parlamento e as Cortes Constitucionais, Zagrebelsky (2008) defende que o primeiro, ao legisferar, busca atender às exigências políticas e sociais emergentes. Contudo, as emergências não se demonstram na atuação do segundo, visto que suas decisões assumem efeitos a um prazo mais espaçoso.

Portanto, quando a Corte Constitucional é provocada é para que seja reafirmado o espírito trazido pela Constituição. Noutro giro, o Parlamento, quando desempenha sua função legislativa, está preocupado, na maioria das vezes, em alterar lei existente.

Ao tratar da legitimidade da jurisdição constitucional, especialmente no que se refere ao controle de constitucionalidade, Just (2014) assevera que se pode prosseguir por dois caminhos. Primeiro, ao buscar o respeito pelas normas constitucionais, o controle está convergindo para uma instância superior e autêntica da soberania popular, enquadrada em duas visões: a) o exercício de uma função sinalizadora, quando indica ao parlamento a forma correta ao invalidar uma lei; e b) a instância superior é o poder constituinte *stricto sensu*.

O outro caminho se refere, segundo o autor, na necessária correlação entre o princípio democrático e o do Estado de Direito. Nesse aspecto, ambos são resultados da primazia que a própria organização política atribui ao indivíduo, cuja autonomia política é assegurada pela própria democracia. Assim, o Estado, ao excluir normas ou omissões que colidem com os direitos fundamentais, se apresenta como condicionante para manutenção da democracia.

Portanto, não se configura em uma inflexão da democracia, mas tão somente uma forma de submissão às normas constitucionais, de modo que a participação no processo legislativo não atinge por si só o esgotamento do ideal democrático.

Nessa relação, ganha importância o debate acerca do papel do Supremo Tribunal Federal (STF) ao realizar o controle de constitucionalidade, especialmente com relação às omissões normativas do Congresso Nacional. Ademais, se faz necessário problematizar os limites impostos constitucionalmente ao trabalho do STF, bem como adentrar na questão do ativismo judicial e seus impactos nas funções típicas da separação dos poderes.

2.1.1 ATIVISMO JUDICIAL

O termo ativismo judicial, por suas diversas conotações, tem sido empregado nas democracias contemporâneas para aferir as instituições e agentes judiciais. Para Koerner

(2013), não obstante haja divergências acerca do seu uso, ele foi fortemente utilizado pelos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial.

No contexto brasileiro, passou a ser mais difundido após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, inicialmente centrado no debate da judicialização da política, atualmente ganhando centralidade nas discussões jurídicas do STF.

Salim e Silva (2016) chamam atenção para a necessidade de diferenciar a judicialização da política do termo ativismo judicial, pois a Constituição passa assumir relevância na inter-relação que ocorre entre os sistemas jurídico e político, criando um novo paradigma resultante na politização da magistratura.

Asseveram os autores que o ativismo judicial é resultado de um ato de vontade do órgão julgador, que em certa medida ultrapassa os limites impostos pela constituição, na disposição de aplicá-la a situações não contempladas de maneira expressa. No mesmo sentido pode ocorrer quando o julgador declara a inconstitucionalidade de comandos normativos utilizando como referência critérios menos rígidos do que a colisão com a lei maior.

Convém ainda observar que o ativismo também ocorre quando os magistrados impõem condutas ou abstenções ao Poder Público, seja em decorrência da inércia do legislador, ou como balizamento para mudanças em políticas públicas mal estruturadas. O debate acerca dessa imposição será trazido mais à frente nesse trabalho, quando se pretende discutir os limites do controle de constitucionalidade praticado pelo STF em face da omissão legislativa, especialmente no que se refere a matéria penal.

Com relação à judicialização da política, esta assume um sentido contingencial, dentro dos limites de atuação impostos pela norma constitucional. É possível afirmar que seu surgimento ocorre em decorrência de um contexto social marcado pela insurgência do constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial, pela irradiação constitucional decorrente das constituições dirigentes, pela criação dos tribunais constitucionais e, especialmente, pela crise de representatividade política (TASSINARI, 2012).

No que se refere a este último fator, Just (2014) afirma que resultou em um distanciamento de eleitores, motivado por um refluxo do ativismo político submetido ao parlamento. Portanto, seria necessária uma ampliação do nível de participação política nas tomadas de decisões.

Voltando ao tema do ativismo judicial, seu debate vai incorporar o papel do Poder Judiciário, sob a ótica de um modelo ideal dos seus membros com relação ao comportamento

que deveria ser assumido na vigência de uma ordem constitucional e democrática, de acordo com a função típica do Poder. Nas palavras de Koerner (2013, p. 71):

Toma-se como parâmetro uma idealização do governo representativo e constitucional do século XIX com poderes limitados pela separação de poderes e a declaração de direitos individuais, e que seria capaz de gerar uma dinâmica virtuosa de representação popular e proteção de direitos. O Judiciário teria missão e forma de atuação claramente definidos: a solução de litígios concretos e a interpretação das leis por meio da aplicação da norma geral a cada caso particular. Esse modelo implicaria a contenção dos juízes, uma vez que se supunha que situações de inovação e incerteza seriam raras, para as quais eram previstos procedimentos excepcionais de decisão.

Portanto, o parâmetro é um modelo de constituição, resultante das lutas entre o liberalismo europeu e o absolutismo monárquico, refletindo na organização constitucional. Nessa lógica, o papel do juiz é o de agente civilizador, pensado com o fito de buscar assegurar a aplicação do direito ao criar barreiras contenciosas aos demais poderes do Estado e julgar os litígios.

Fazendo uma análise comparativa entre a atuação ativista do Judiciário nos Estados Unidos e no Brasil, Tassinari (2012) sustenta que lá as primeiras discussões acerca da temática datam de meados de 1803, ou seja, há dois séculos os juristas daquele país vem enfrentando a matéria. Contudo, no contexto brasileiro as problematizações acerca do tema ainda são muito recentes.

Segundo a autora, o Poder Judiciário só ganha maior relevância, pelo menos na dimensão que se considera atualmente, com a entrada em vigor da Constituição de 1988, após o rompimento com a ditadura civil-militar de 1964-1985. Portanto, foi apenas com o constitucionalismo democrático que a participação do Judiciário passou a ser observada sob um prisma mais ativista.

Esse contexto de discussão, relativamente novo, resultou em uma participação ativista do Judiciário sem que o tema tivesse passado por um rigoroso debate acadêmico, como aconteceu nos Estados Unidos. Portanto, “acabou se criando um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade” (TASSINARI, 2012, p7).

Criou-se majoritariamente uma ideia de que o ativismo judicial é pressuposto ou etapa para a efetivação de direitos observados no texto constitucional, caminho para resolução de problemas sociais.

Koerner (2013) apresenta uma relação entre a política e a jurisprudência constitucional no Brasil pós-1988. Pelo entendimento do autor, durante o regime de exceção mais recente, o STF

centralizou atribuições do controle de constitucionalidade, sendo excluídos de qualquer exame do Judiciário os atos de exceção. Nesse contexto, assume participação importante o Procurador Geral da República – cargo de confiança do Presidente da República – com capacidade de blindar os membros do Poder Executivo de qualquer questão impertinente.

Nos anos 1990, a política passa a ser marcada por uma agenda reconstituente. Essa situação acabou por se refletir em profundas alterações na constituição, na legislação e em reformas no aparato estatal. Naquele contexto, a gestão estatal cedia espaço para um regime liberal baseado no fortalecimento dos mercados (LEME, 2010).

Nesse período os constitucionalistas travaram divergências entre as correntes dos positivistas e pós-positivistas (KOERNER, 2013). Nesse contexto, ministros do antigo regime, juntamente com os de orientação liberal, concorreram para a “efetivação e neutralização de regras constitucionais segundo os domínios e o seu sentido estratégico para a direção política do governo federal, voltado às reformas liberalizantes do Estado” (KOERNER, 2013, p. 81).

Com a formação do governo Lula, em 2003, para contornar as dificuldades e a falta de apoio no âmbito do Congresso nacional, houve um incentivo pela via judicial. Com apoio de juristas progressistas, teve êxito uma reforma do Judiciário, fato que fortalece a jurisdição constitucional concentrada permitindo maior impacto das decisões. Portanto, a nova formação do STF:

[...] atuou de forma convergente com o governo em questões relativas à maior efetividade de direitos e promoção de políticas sociais. A agenda reformista do governo encontrava repercussão na atuação positiva do STF nesses campos. Ao promover a efetivação da Constituição, concretizando os princípios da Constituição de 1988 não realizados por omissão do legislador, os ministros do STF reforçaram seus apoios políticos e sociais (KOERNER, 2013, p. 83).

Portanto, se percebeu uma convergência entre o governo e o STF no sentido progressista, com o objetivo de realizar mudanças sociais². Mas, passado esse período, parece existir um certo tensionamento nessa relação entre atores da política, em seu sentido mais literal e a Corte Constitucional, uma vez que a jurisprudência mais recente tem colocado aquele tribunal como o guardião do espírito republicano.

² São exemplos desse contexto, o julgamento da ADPF 132-RJ e ADI 4.277-DF, onde o STF reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, a decisão tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 511961, em que se reconheceu a inconstitucionalidade da exigência do diploma de jornalismo e a obrigatoriedade de registro profissional para exercer a profissão de jornalista, dentre outras ações.

Mas essa desarmonização entre os poderes pode fazer com que o STF possa redirecionar suas decisões, em certa medida consideradas progressistas, para um outro sentido, fazendo surgir conflitos entre ministros e líderes políticos. Adiante, se analisa o papel do STF no controle concentrado, especialmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e os seus limites especialmente no que se refere à matéria penal.

22 CONTROLE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E OS LIMITES DA LEGALIDADE EM MATÉRIA PENAL

Na história da luta pelos direitos individuais contra os excessos do Estado, foi bastante exitosa a etapa que se traduziu no advento das Constituições escritas. Nessa conquista ficam estabelecidas um certo nível de direitos e garantias dos cidadãos, gerando proteções contra a investiduras dos que compõem o Poder Público.

Essa proteção é decorrência da superioridade das normas constitucionais sobre leis ordinárias, decretos e atos administrativos, os quais têm que ocupar o espaço destinado a eles pelas constituições, seja no âmbito da materialidade ou da formalidade. Sem a observância prática da superioridade normativa da constituição sobre os demais diplomas legais, seria fantasiosa a garantia da Lei maior, surgindo a necessidade de mecanismos legais para conter o legislador ordinário e a Administração Pública (BARBI, 1972).

No contexto brasileiro, o controle de constitucionalidade tem sido comumente encarado como um instrumento inerente ao Poder Judiciário. Mas, ao fazer uma análise contextual e histórica, Continentino (2017, p. 2537) assevera que o instituto não é inerente à função jurisdicional, de modo que, “por mais que se concorde com a noção de que o Judiciário seja o poder mais adequado para realizar a defesa da Constituição, isso não autoriza afirmar a regra de que o Judiciário teria a função inerente de fazê-lo”.

O autor defende que, na história constitucional brasileira, repleta de avanços e retrocessos, não existe uma linearidade pela qual sempre tenha sido atribuição do Judiciário realizar o controle de constitucionalidade. Anteriormente, os procedimentos que integram a jurisdição constitucional foram estabelecidos levando-se em consideração as concepções das forças políticas hegemônicas que ocupam a centralidade de liderança no poder.

Para Mendes (2014), embora o período autoritário tenha causado interrupções, seguindo uma tendência dos países ibero-americanos, a jurisdição constitucional brasileira foi construída em um ambiente democrático e republicano. Ademais, se as influências do controle

difuso de origem norte-americano foram fundamentais para o início de um sistema de fiscalização das leis, o ambiente democrático culminou em um sistema de jurisdição constitucional que reúne características de ambos os modelos de controle de constitucionalidade.

Superada essa contextualização acerca do instituto em questão, o presente trabalho a partir de então passa a analisar dois tipos de ações importantes, criadas com o objetivo de assegurar direitos fundamentais em decorrência da omissão dos inconstitucional. Tratam-se do Mandado de Injunção (MI) e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)³. Busca-se confrontar suas limitações frente ao princípio da legalidade em matéria penal.

O constituinte estabeleceu uma gama de direitos e garantias, os quais, em grande parte, dependem de regulamentação infraconstitucional. Quando Poder Legislativo se omite no dever de regulamentar tais direitos e garantias, a norma constitucional perde sua efetividade.

Dias (2016) chama atenção para o fato de que a existência de lei regulamentadora de determinado dispositivo constitucional não significa, necessariamente, que exista sua eficácia plena. Logo, se a questão estiver regulamentada de forma parcial, impedindo a plena efetividade do dispositivo constitucional, estará presente a inconstitucionalidade por omissão.

Esta “é caracterizada como um não fazer o que era devido, em tempo razoável, para integrar uma norma constitucional certa e determinada inexecutável ou de eficácia limitada” (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 260). Importa ressaltar que a omissão pode decorrer de qualquer função do Estado, não se limitando ao legislador.

Convém observar que é necessário existir ordem para legislar ou imposição constitucional, de caráter abstrato ou concreto. Neste contexto, Mendes (2009) defende que a omissão pressupõe um dever constitucional para legislar, podendo ser de ordem concreta expressa na Constituição, ou decorrente de princípios mediante via interpretação.

Na realização do controle de constitucionalidade, o STF variou ao longo do entendimento de como deveria se comportar como órgão julgador para sanar a omissão legislativa. Portanto, o papel daquela corte variou ao longo dos anos, assumindo inicialmente uma atuação não concretista para a concretista.

Na primeira, parcela dos juristas entende que o magistrado deve se limitar a estabelecer prazo para que o órgão responsável possa normatizar a matéria, não havendo qualquer

³ Embora ambas as ações tenham por objetivo combater omissões inconstitucionais do Estado, quando violadoras da Constituição, o MI possui natureza subjetiva, instrumento de controle concreto; enquanto a ADO tem natureza objetiva, sendo instrumento de controle abstrato

ingerência direta sobre o Legislativo. A grande crítica a essa teoria se dá pela inexistência de sanção em caso de descumprimento do mandamento judicial (DIAS, 2016).

A STF, através do Mandado de Injunção nº 107/DF de 1990, estabeleceu que os efeitos da decisão proferida se ateriam apenas à declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa e à ciência da decisão ao órgão moroso para que fossem adotadas as providências a fim de sanar a mencionada omissão. Portanto, a Corte assumiu um claro papel não concretista.

Em 2006, o STF passou a mudar seu entendimento com fito de dar maior efetividade ao mandado de injunção. O voto do Ministro Marco Aurélio no MI 721-7⁴ defendia maior atuação judicial, sendo o voto precursor da mudança de entendimento da Corte, que, desde 2007, vem adotando a teoria concretista.

Assim, o STF passou a aplicar preceitos aditivos para suprir a lacuna normativa existente a fim de concretizar o direito tutelado (SILVA, 2015). Para Piovesan (2003), essa é a teoria mais acertada, de modo que o objetivo do remédio em estudo é sanar a lacuna que limita o direito do impetrante, e não a lacuna do ordenamento jurídico geral, que deve ser sanada pela via concentrada, por meio da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão.

Ocorreu nova mudança interpretativa partir do julgamento das ações tratavam sobre o direito de greve dos servidores públicos, cuja regulamentação definiu os limites de atuação e ultrapassou os interesses em causa. A Corte Constitucional passou a fazer uso da teoria concretista geral, de modo que as decisões judiciais que versassem sobre o caso passariam a ser parâmetro para todos os casos análogos, com efeito *erga omnes* para o julgamento de futuros casos que tratassem sobre o mesmo assunto⁵.

Muitas são as críticas aos efeitos dessas decisões. Amaral Junior (2006) chega a defender que esses entendimentos do STF podem ser observados como verdadeiras medidas provisórias adaptadas ao Poder Judiciário.

No caso da declaração de inconstitucionalidade por omissão total ou parcial, em sede de ADO, os questionamentos giram em torno da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721-7/DF de 1991. O Ministro dispõe que: “É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e a harmonia entre os Poderes. [...] Impetra-se mandado de injunção não para lograr-se de certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito, mas na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador”. Nesse julgamento se reconheceu a omissão legislativa em razão da inexistência de lei viabilizadora de aposentadoria em atividade realizada sob condições especiais.

⁵ No julgamento do MI 721-7, o Ministro Eros Grau entende que a criação de texto normativo pelo Judiciário visa beneficiar todos os casos análogos: “A atividade normativa é dotada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos.”

elaborar lei ou usar a analogia para suprir a lacuna. Respeitando a tripartição dos poderes (art. 2º da CF/88), não cabe a tal órgão colegiado inovar no ordenamento jurídico.

O art. 103, § 2º, Constituição Federal estabelece diferentes efeitos para o chamado órgão administrativo e para o poder competente. A este não foi fixado nenhum prazo para adoção de medidas que visem sanar as omissões.

Já ao órgão administrativo a CF estipula o prazo de 30 dias, sob pena de responsabilidade, ou, em observância ao art. 12-H, § 1º, da Lei n. 9.868/99, fixação de prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente, tendo em vista as peculiaridades das circunstâncias e o interesse público do caso.

No entanto, o STF parece estar adotando outra interpretação, já que recentemente, no julgamento da ADO n. 26-DF, relatada pelo Ministro Celso de Mello, decidiu no sentido de enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.

Mas em se tratando de fatos envolvendo o Direito Penal, poderia o STF sanar omissões legislativas, utilizando analogia como mecanismo para integrar lacunas no ordenamento jurídico? Em que medida o princípio da estrita reserva legal estaria sendo mitigado? É o que se pretende abordar adiante.

Antes iniciar diretamente a discussão acerca das limitações que o princípio da legalidade apresenta aos poderes da República, é oportuno frisar que CF/88 traz um rol de princípios gerais, explícitos e implícitos, que atuam como pedras de toque na formação de um Estado Democrático de Direito. A noção de vinculação à norma constitucional é indiscutível de modo que todos poderes e funções do Estado estão vinculados juridicamente a ela, por ser hierarquicamente superior (CANOTILHO, 2011).

Aspecto relevante desta vinculação é o garantismo, consistente na necessidade de observar direitos fundamentais, valorando princípios gerais e irradiando efeitos no plano da legislação infraconstitucional. Logo, um sistema penal deve ser entendido como “o conjunto de instituições estatais e suas atividades, que intervêm na criação e aplicação de normas penais. Concebidas em seu sentido mais extenso, tanto as disposições substantivas quanto procedimentais” (FONSECA e REIS, 2018, p. 89).

Na definição de Celso Antônio Bandeira de Melo (2002, p. 807-808):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o

espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Logo, quando o Supremo Tribunal Federal decide, por seu órgão colegiado máximo, promover a extensão de tipos penais para amparar situações não tipificadas pela norma penal incriminadora, há clara demonstração de que está indo de encontro ao princípio da reserva legal. Este se traduz numa garantia fundamental abarcada pela legalidade do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal⁶, bem como do art. 1º do Código Penal⁷.

Ademais, está ferindo a ordem lógica e racional do sistema jurídico, uma vez que adentra em função que não lhe pertence tipicamente, traduzida expressamente na vontade do constituinte. Portanto, a Constituição, como fonte do Direito Penal, age como instrumento limitador de natureza material e formal.

A primeira proíbe a edição de normas penais colidentes com direitos e garantias trazidos em seu texto. Por seu turno, a segunda impõe limitações às desconformidades na criação das leis.

No mesmo sentido assevera Nucci (2015, p. 82), ao defender que:

A legalidade faz o Estado Absoluto ceder e deixar-se conduzir pela vontade do povo, por meio de seus representantes, para a criação de delitos e penas. A tripartição dos Poderes da República coroa esse molde para o Estado, permitindo que o Legislativo faça nascer a lei penal, enquanto o Judiciário a aplica, na prática, sob a força do Executivo, que garante a polícia e o aparato estatal repressivo, sempre que necessário.

Esse contexto preceitua a exclusividade da lei para a criação de delitos e cominação de penas, presando pela dimensão democrática ao revelar aceitação pelo povo, traduzido no Congresso Nacional, da opção por legislar no âmbito criminal⁸ (MASSON, 2019).

Na acepção de Masson (2019), a reserva legal possui dois fundamentos, de natureza jurídica e política. O primeiro vincula o legislador a determinação precisa, ainda que mínima,

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

⁷ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

⁸ O mais preciso antecedente histórico norteador da estrita legalidade em matéria penal é a Magna Carta do Rei João Sem Terra, datada de 1215. Imposta por parcela importante de barões ingleses, seu art. 39 asseverava que nenhum homem poderia ser penalizado sem lei antecedente aos fatos delituosos. Em seguida, com fulcro na chamada teoria da coação psicológica, Paul Johan Anselm Ritter Von Feubach desenvolveu o princípio da reserva legal da forma que conhecemos atualmente (FRAGOSO, 1994).

do tipo penal e da sanção a ser aplicada, bem como a máxima vinculação do juiz ao mandamento legal.

Corroborando com o exposto, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 92.010/ES, de relatoria do Ministro Napolião Nunes Maia Filho, membro da 5ª turma, passou a entender que:

O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permita a ordem jurídica ao ponto de conceder benefícios proibidos pela norma vigente, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo.

No mesmo sentido, como um desdobramento da taxatividade, o Direito Penal não permite a analogia em prejuízo da parte incriminada, fato que veda a regra análoga em malefício dos cidadãos, mesmo em situações de inconstitucional omissão legislativa.

Com relação ao fundamento político da reserva legal, sua justificativa está na limitação do exercício arbitrário do poder de punir do Estado. Enquadra-se, portanto, nos direitos fundamentais de primeira dimensão. Bonavides (2009) defende que esses direitos têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Portanto, é possível vislumbrar que a jurisdição constitucional interfere sobre o domínio da competência de um dos poderes políticos. Ao julgar uma lei demarcando os limites de atuação do legislador, ou quando exerce censura sobre omissão legislativa, demonstra claro exercício de função no plano político.

As Constituições, operacionalizadas pelas Cortes Constitucionais, funcionam como limitação política de poder. Mas essa limitação também se impõe ao judiciário, devendo diferenciar a politização do direito do ativismo judicial, visto que este último tem gerado tensões na relação com outros poderes.

Esse ativismo tem sido fortalecido pela nova conformação do STF, ocorrida no início dos anos 2000, quando a corte parece ter tomado para si o papel de resolução de problemas sociais, último guardião da República, a ponto de mitigar garantias constitucionais como as impostas pelo princípio da reserva legal no tratamento de matérias criminal.

A partir de então, será feita a análise do contexto e as repercussões jurídicas da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF, relatada pelo Ministro Celso de Melo, e do Mandado de Injunção n. 4733, relatado pelo Ministro Edson Fachin.

3. O STF NO ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA

As subseções seguintes fazem, respectivamente, uma contextualização da violência enfrentada pela população LGBT, por meio de dados divulgados em relatório do Ministério dos Direitos Humanos, além de analisar o julgamento da ADO 26/DF e do MI 4733/DF no âmbito do STF.

3.1 DIMENSIONANDO O PROBLEMA

As relações homoafetivas já figuraram em diversas relações de interesses em diferentes contextos históricos. Condenada de diversas formas, demorou décadas para alcançar o *status* de orientação sexual equiparada com a heterossexualidade.

A mudança de paradigma permitiu que seus pleitos entrassem na agenda no debate político, na busca de assegurar direitos como sujeitos legitimados. Inobstante o Poder Legislativo pareça o destinatário natural dessa agenda política, ele vem descumprindo o papel de defesa de minorias sexuais, fazendo o Judiciário se centralizar no enfrentamento do problema (FREIRE e CARDINALI, 2012).

Essa situação tem gerado tensão entre os dois poderes, sendo o Judiciário acusado de ser ativista, ultrapassando os limites da sua competência constitucional, se comportando como legislador. Resultado da falta de políticas públicas destinadas a essas minorias, é são crescentes os números da violência

Neste sentido, o Relatório intitulado Violência LGTBfóbicas no Brasil: dados da violência, divulgado em 2018, realizado em cooperação entre o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Ministério dos Direitos Humanos (MDH) e organizações de combate ao preconceito e violência dão conta dos números da violência envolvendo grupos vulneráveis (gay, lésbica, travesti, transexual e bissexual).

De acordo com o estudo, violências envolvendo o grupo pesquisado estão presentes nos diferentes grupos de convivência social, se fazendo notar no meio familiar, nas escolas, igrejas, na rua, na mídia, ambientes de trabalho, em diversas esferas do poder público, e especialmente na falta de políticas públicas afirmativas.

A pesquisa aponta que há um aumento no número de casos de violência contra essas populações, apesar da elevada taxa de subnotificação. O relatório chama atenção para o fato de

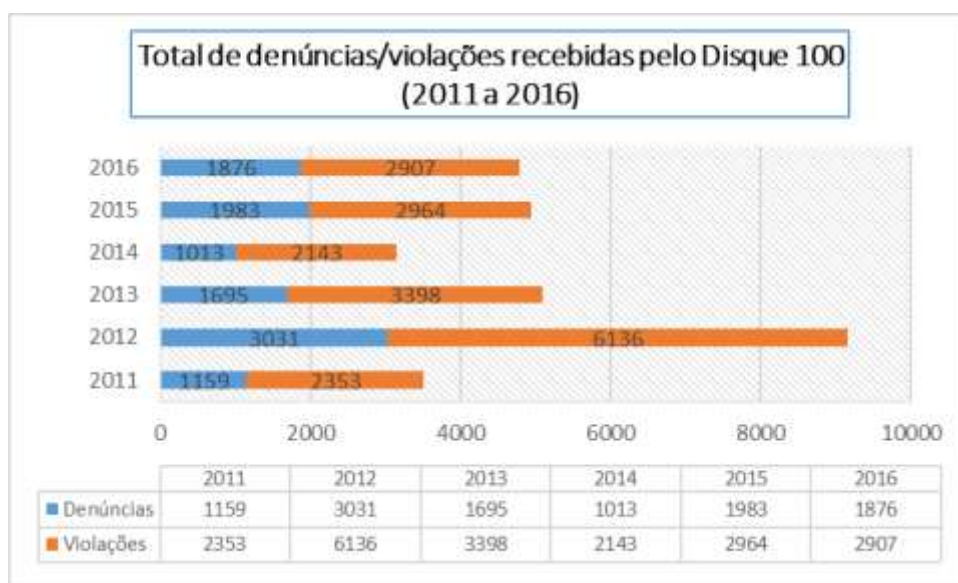
que há poucas ações concretas por parte do Poder Público a fim de contornar o aumento da violência, embora estejam tramitando projetos de lei no Congresso Nacional.

Divulgada antes do julgamento da ADO 26, no Supremo Tribunal Federal, a pesquisa chama atenção para a necessidade da criminalização da “LGBTfobia”, embora reconheça que apenas a criminalização, sem o acompanhamento de outras políticas públicas, traria apenas um efeito simbólico.

A metodologia utilizada leva em conta dados oriundos de instituições do Governo Federal, a exemplo do serviço de apoio aos direitos humanos, disque 100, além das estatísticas hemerográficas, ou seja, baseadas em notícias veiculadas na imprensa, conforme se observa a seguir.

O gráfico 1 demonstra a série histórica de denúncias e violações contra LGBT recebidas pelo canal de comunicação do Disque 100, entre os anos de 2011 a 2016. Desde o início da criação do serviço, o pico de denúncias ocorreu em 2012, depois apresentando queda até 2015. Em 2015, foi registrado um aumento de 821 denúncias em relação ao ano anterior e em 2016 uma queda de 107 denúncias. O relatório sustenta que a diminuição de denúncias não corresponde à diminuição de violência e que o Disque 100 é a única instituição que possui série histórica com maior número de variáveis.

Figura 1 - Notificações de Violações. Fonte: Disque 100/ Relatório Violência LGBTfobia (2018).



Utilizando hemerográficos, que levam em consideração a veiculação de notícias na imprensa, o Grupo Gay da Bahia (GGB), organização que também participou do relatório analisado, apresentou a espacialização do número de homicídios envolvendo o grupo em estudo:

Figura 2 - Espacialização do número de homicídios de LGBT's por estado da Federação em 2016. Fonte: GGB/ Relatório Violência LGBTfobia (2018).



O relatório chama atenção para o fato de que não é possível afirmar que determinado estado é mais violento do que o outro, pois os números podem variar de acordo com o nível de repercussão que foram dados aos casos, pelas mídias locais e/ou nacional. Os dados organizados pela GGB apontam para um crescente aumento da violência, especialmente nos estados da Região Nordeste, com maior número de vítimas na faixa etária entre 19 (dezenove) e 30 (trinta) anos.

Outro destaque é o perfil de crimes de ódio, traduzidos no número de facadas ou na quantidade de tiros, o que pode demonstrar se tratarem de crimes direcionados e com objetivos específicos. Foi nesse contexto de violência que o STF julgou o ADO 26/DF e DO MI 4733/DF, que discutiam a omissão do Congresso Nacional em não editar lei que criminalize atos de homofobia e a transfobia, o que se passa a analisar no tópico seguinte.

32 O JULGAMENTO DA ADO 26/DF E DO MI 4733/DF

Foram apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal duas ações que tratavam acerca dos atos de preconceito contra homossexuais, transexuais e travestis: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4733. Em resumo, as ações buscavam a criminalização específica de atos de ameaça, violência e incitação à discriminação decorrente de orientação sexual ou identidade de gênero.

O Mandado de Injunção (MI) 4733, cuja relatoria foi do Ministro Edson Fachin, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros alegava que a Constituição permitia a impetração do remédio com fito de criminalizar condutas específicas quando a situação se configurasse necessária para o exercício das prerrogativas da cidadania das vítimas que compõe o grupo minoritário.

Alegava, ainda, a existência de mandamento constitucional obrigando o Poder Legislativo a criminalizar a homofobia e a transfobia, uma vez que se traduziam em espécies de racismo, requerendo a elaboração de legislação criminal punindo tais ofensas. O relator não deu conhecimento à ação por entender inviável o *mandamus*. Em momento posterior, tal decisão foi reconsiderada permitindo o cabimento do MI.

Já a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) com o objetivo de obter a criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente todas as formas de ofensas, dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero.

Argumentavam os autores que a exigência de legalidade estrita deveria ser mitigada. De acordo com os legitimados, essa possibilidade seria juridicamente possível, na medida em que o Parlamento nega a supremacia constitucional ao se recusar a elaborar a referida legislação criminal.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo reconhecimento parcial do mandado de injunção e da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, discordando do pedido que suscitava a condenação do Estado para indenizar vítimas de homofobia e transfobia em decorrência da mora legislativa.

O Senado Federal se manifestou pugnando pela improcedência do pedido da ADO com base na legalidade penal e na independência dos poderes. Já a Câmara dos Deputados, além de defender os mesmos fundamentos apontados pelo Senado, argumentou que não existia mora legislativa, uma vez que aprovou Projeto de Lei n. 5003/2001, que prevê sanções às práticas

discriminatórias em razão da orientação sexual, tendo realizado encaminhamento para a análise do Senado Federal.

Os argumentos defendidos pelas casas que formam o Congresso Nacional corroboram com o que defende Nucci (2015), uma vez que a legalidade desfaz o Estado Absoluto, ou a supremacia de determinado poder sobre outro. Portanto, a tripartição dos poderes permite que o Legislativo faça nascer a lei penal, o Judiciário a aplique, sob a força do executivo, detentor do aparato estatal repressivo.

O tema em pauta assume uma importância tão fundamental no contexto sociopolítico brasileiro, podendo ser traduzida na quantidade de entidades admitidas como *amici curiae*. Foram elas a Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF), o Conselho Federal de Psicologia (CFP), o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU), o Grupo Gay da Bahia (GGB), o Grupo de Advogados pela Diversidade (GAD), a Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE), a Frente Parlamentar Mista da Família e apoio à Vida, o Grupo Dignidade pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, a Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas (COBIM), a Associação Nacional de Travestis e Transsexuais (ANTRA) e o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

A participação de entidades de diferentes setores, desde conselhos de representações profissionais, passando por frentes parlamentares até setores religiosos, demonstra que a homossexualidade figura como questão de interesse para diversas instâncias da sociedade.

A situação de omissão legislativa em tornar efetivo direitos fundamentais importantes têm feito o Judiciário brasileiro adotar uma posição vanguardista assumindo o discurso de que apenas defende a efetividade da constituição, e de certa forma, mostrando um distanciamento dos outros poderes constituídos no enfrentamento de debates caros à sociedade brasileira (JUST, 2014).

O autor chama atenção para a necessidade de se ampliar as formas de participação dos cidadãos, dentre outras vias, também pela criação de espaços de discussão, dentro e fora do ambiente legislativo.

Superada essa análise inicial dos integrantes do processo, se faz necessário problematizar os resultados do julgamento das ações discutidas.

Levado ao Pleno do Tribunal, a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar ações atentatórias a direitos fundamentais das minorias que compõe a comunidade LGBT. Os Ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento

da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria.

Nesse sentido, foram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por entenderem que a conduta em julgamento só poderia ser punida mediante lei aprovada pelo Congresso Nacional, reconhecendo a necessidade de se assegurar a garantia penal constitucional vinculada ao princípio da estrita legalidade.

Aspecto relevante desta vinculação é o garantismo, consistente na necessidade de observar direitos fundamentais, valorando princípios gerais e irradiando efeitos no plano da legislação infraconstitucional.

Portanto, ao inovar no ordenamento, determinando a extensão de tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora, o STF acaba por mitigar as garantias desse sistema, uma vez que a norma criminalizadora já nasce viciada. Por não ser oriunda do poder que compete sua criação, não passou por processo legislativo ordinariamente estabelecido.

A analogia para estender tipos penais não previstos anteriormente na Lei nº 7.716/1989, é, na prática, criação de lei nova. Portanto, demonstração de um ato de vontade do órgão julgador que ultrapassa os limites impostos pela Constituição (SALIM e SILVA, 2016). Destoando dos seus pares, o Ministro Marco Aurélio não reconheceu a omissão do Parlamento quanto à criminalização específica da homofobia e transfobia. No mesmo sentido, não admitiu o Mandado de Injunção por considerar inadequado o uso do instrumento processual na hipótese.

José Afonso da Silva (2009) corrobora com o que defende esse último ministro. Para o autor, o mandado de injunção não é uma variante da ação direta por omissão, pois sua impetração não tem como escopo a edição de norma regulamentadora, mas sim a garantir a eficácia da norma constitucional no caso concreto. Nas palavras de Silva (2009, p. 450):

É equivocada, portanto, data venia, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa a expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão. Isso quer apenas dizer que o mandado de injunção não passaria de ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária, a dizer: como os titulares dessa ação (art. 103) se omitiram no seu exercício, então fica deferido a qualquer interessado o direito de utilizar o procedimento injuncional para obter aquilo que primeiramente ocorria àqueles titulares buscar. A tese é errônea e absurda, porque: (1) não tem sentido a existência de dois institutos com o mesmo objetivo e, no caso, de efeito duvidoso, porque o legislador não fica obrigado a legislar; (2) o constituinte, em várias oportunidades na elaboração constitucional, negou ao cidadão legitimidade para a ação de inconstitucionalidade; por que teria ele que fazê-lo por vias transversas?

Discorda-se das posições tanto do ministro quando do autor, visto que a própria CF/1988 conferiu ao MI o papel de buscar suprir a inefetividade do legislador ao ter o cidadão direitos e liberdades constitucionais inviabilizados. Logo, supridos os requisitos para sua impetração, o constituinte resolveu dotar cidadãos indivíduos de um remédio capaz de atacar o problema pela via difusa.

Com relação à Lei do Racismo, para o ministro, sua leitura não pode ser ampliada em razão da taxatividade dos delitos expressamente por si previstos. Ele considerou que a sinalização do STF para a necessária proteção das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis, por si só, contribui para uma cultura livre de todo e qualquer preconceito e discriminação, preservados os limites da separação dos Poderes e da reserva legal em termos penais.

Assim, o STF passou a reconhecer: (a) a mora inconstitucional do Congresso Nacional; (b) a aplicação, com eficácia *ex nunc*, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, da Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

A Corte firmou três importantes teses, como resultado do julgamento do MI n. 26 e da ADO n. 26. Abaixo estão demonstradas, em sua literalidade, as teses firmadas e publicadas pelo Supremo Tribunal Federal. Na primeira tese fica determinado que:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”) (BRASIL, 2019).

O § 2º do artigo 103 da Constituição de 1988 estabelece que após 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 trinta dias.

Portanto, as normas constitucionais que permitem o ajuizamento de ação declaratória de inconstitucionalidade não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas tão

somente as normas de eficácia limitada de caráter impositivo, por dependerem de atuação positiva por parte do legislador.

Porém, em se tratando de matéria penal, a mesma constituição, em seu art. 5º, XXXIX, estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O inciso mencionado é a expressão maior do princípio da legalidade, de onde decorre a reserva legal.

Fica demonstrado que a Lei Maior desejou estabelecer limites à exclusividade de lei para a criação de delitos e cominação de penas, com indiscutível dimensão democrática, representada pelo Parlamento a opção legislativa na seara criminal (Masson, 2019). Ademais, cabe observar que a opção do constituinte confere a essa garantia o status de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CRFB).

A segunda tese fixada pelo STF teve preocupação em assegurar a liberdade religiosa de qualquer denominação confessional, conforme demonstrado abaixo:

A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero (BRASIL, 2019).

A preocupação do órgão julgador foi assegurar a liberdade religiosa expressa no art. 5º, VIII, da Constituição Federal, a qual estabelece que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Silva Neto (2003) entende que se opera no contexto das liberdades as mais acirradíssimas discussões (liberdade de informação jornalística X direito à intimidade, por exemplo), o que não menos é verdade a respeito da liberdade de religião. No entanto, por se constituir em conquista relativamente nova na história dos sistemas constitucionais, ela ainda

está, em larga medida, por ser consolidada, especialmente em virtude da forma ambígua como a questão é tratada no Brasil⁹ (SILVA NETO, 2003).

Na fixação da tese de número 3, a Corte Constitucional evidenciou a preocupação em demonstrar o caráter extensivo pelo qual compreende o termo racismo, sendo capaz de se estender além das questões meramente raciais:

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

Em função do art. 5º, XLI e XLII, da CF/1988, observando que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, a Constituição apresenta claros mandados de criminalização. Portanto, determina incontroversa criminalização do racismo, sendo o Direito Penal a seara legal para a contenção das práticas discriminatórias.

A Lei 7.716/1989, conhecida como Lei do Racismo, que inicialmente apenas concretizava tal mandamento constitucional, acabou por se tornar a base jurídica da criminalização de qualquer forma de discriminação fundada em preconceito, como o que ocorre em função de procedência nacional e por religião (FREIRE e CARDINALI, 2012).

O STF parece ter seguido essa tendência ao promover a criminalização da homofobia e transfobia. Observa-se que é possível o enquadramento da homofobia no contexto de discriminação e preconceito que a Lei do Racismo visa atacar. A crítica se centra apenas na ilegitimidade do STF para atuar como legislador em matéria penal.

Partindo desta premissa (a inclusão da homofobia na Lei do Racismo), Feldens (2007) defende ser coerente, pois busca à sistematização do Direito Penal Antidiscriminatório em diploma legislativo único, de forma que a lei estaria punindo não apenas a homofobia, mas

⁹ O Estado brasileiro não tem religião, mas quando o Senado e o STF expõem um crucifixo atrás das respectivas mesas, quando o Presidente da República afirma que utilizará um critério religioso para a escolha do próximo ministro do STF, não parece estar sendo demonstrada a laicidade do Estado brasileiro.

também o sexismo, a discriminação religiosa, a xenofobia, dentre outras, com as mesmas penas previstas para os casos de racismo.

Segundo o autor, a equiparação entre as penas busca dar efetividade ao princípio da proporcionalidade, segundo o qual a intensidade da pena de determinado delito deve guardar relação com seu prejuízo, de forma que delitos de semelhante danosidade social devem possuir penas semelhantes.

Portanto, vale reforçar que, embora se discorde da atuação excessivamente ativista do STF ao dar provimento aos pedidos de criminalização requeridos pelos autores das ações, ultrapassando os limites competentes da jurisdição constitucional, é salutar a preservação da liberdade religiosa conferida aos fiéis e ministros confessionais. A Corte teve o cuidado de observar que essa liberdade não pode se traduzir em discurso de ódio, assim entendidas como exteriorizações que incitam a discriminação, a hostilidade ou a violência em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero.

Ademais, os atos discriminatórios decorrente na orientação sexual não pode ser considerada menos grave do que outras formas de discriminação, sendo razoável seu enquadramento nos mandados de criminalização¹⁰ trazidos pela Constituição Federal. Logo, cabe ao Direito Penal atacar tal problema em face da sua danosidade social, visto que a liberdade sexual e afetiva deve ser considerada bem jurídico de incomensurável relevância, também garantida nos direitos fundamentais da Constituição vigente.

¹⁰ Seguindo o modelo de algumas constituições europeias, como as da Alemanha e Espanha, a Constituição Federal brasileira estabelece mandados expressos (ou explícitos) e tácitos (ou implícitos) de criminalização. Cuida-se de hipóteses de obrigatória intervenção do legislador penal. Com efeito, indicam matérias sobre as quais o legislador não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral (MASON, 2019).

4. ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Antes de adentrar na análise do voto do Ministro Ricardo Lewandowski convém explicar a opção metodológica para a escolha do seu voto como objeto de análise. Nos julgamentos analisados nesse trabalho, o reconhecimento da criminalização de atos contra pessoas em decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gênero se deu pelo voto de oito dos onze ministros.

O Ministro ora mencionado foi o primeiro a divergir do relator, depois acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli, a quem competia (último) presidir aquela sessão. O voto divergente de Ricardo Lewandowski, à época, chamou atenção de organizações sociais mais alinhadas ao espectro político da esquerda, como movimentos sociais e associações de apoio e combate a grupos LGBT.

As críticas de ativistas sociais ao julgador se deram por ele ser considerado pelas organizações populares como um ministro progressista, alinhado com pautas de defesa de minorias, especialmente por seus posicionamentos em torno de questões por elas defendidas, a exemplo da união estável de pessoas do mesmo sexo, execução provisória da pena em segunda instância, dentre outras. Feitas tais considerações, analisa-se o voto do magistrado.

O julgador inicia a fundamentação do seu voto classificando o princípio da igualdade como conceito jurídico e filosófico, observando-o como uma das principais reivindicações dos grupos minoritários de direitos humanos por todo o mundo. Em seguida, faz uma relação direta com a necessidade de se observar igualdade sob uma ótica de redução real ou material das desigualdades.

Mais à frente faz uma relação entre o reconhecimento internacional aos direitos relativos à orientação sexual, identidade de gênero e a dignidade da pessoa humana, integrando núcleos dos direitos à igualdade e à não-discriminação. No mesmo sentido leciona Rios (2011), segundo o qual assegurar tais direitos fortalece a busca pela superação de graves injustiças, além da construção de padrões mais democráticos e pluralistas, fazendo da diversidade um dos valores sociais básicos.

O voto apresentado ainda faz um reconhecimento de que esses grupos, por serem minoritários e, não raro, vítimas de preconceito e violência, demandam, especial proteção do Estado. A questão da violência vai ao encontro com os dados da pesquisa realizada pelo Ministério dos Direitos Humanos, apresentadas no capítulo anterior (BRASIL, 2018).

De acordo com a pesquisa, a violência contra a população LGBT é crescente, inclusive no que tange às taxas de homicídios, colocando o Brasil como um dos países em que mais ocorre essa prática delitiva. O relatório ainda chama a atenção para as características de crimes de ódio, tendo em vista a forma com que são praticados.

Em seguida, o julgador chama atenção para a existência na Constituição de normas que inicialmente não criam direitos, mas que determinam a criminalização de condutas: os mandados de criminalização¹¹.

Esses mandados são modelos seguidos de constituições europeias, trazendo matérias sobre as quais o legislador tem a obrigatoriedade de tratar, protegendo bens ou interesses de forma adequada e, na medida do possível, integral. Mason (2019) chama atenção para o fato de que alguns desses mandados de criminalização já foram atendidos pelo legislador infraconstitucional, a exemplo da Lei n. 13.260/2016, que regulamentou o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, tipificando ações que configuram terrorismo.

No tratamento da criminalização da homofobia e afins, o parlamento não assumiu o cumprimento do mandato. Lewandowski defende que o Legislativo é omissor no tratamento da matéria por temer ser responsabilizado pelos seus eleitores, pois seria mais fácil sofrer sanções em decorrência de ações do que por omissões legislativas, fato que contribui para a crescente judicialização da política.

No entanto, para parte considerável dos críticos da atuação do Judiciário, trata-se de ativismo Judicial, havendo uma confusão conceitual no campo jurídico. Salim e Silva (2016, p. 106), faz uma distinção conceitual:

[...] o ativismo judicial é tido como um ato de vontade do juiz, que rompe com os limites dados pelo texto constitucional e o aplica a situações não expressamente contempladas, ou declara a inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios menos rígidos que os da ostensiva violação da Constituição, ou, ainda, impõe condutas ou abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador como no de políticas públicas ineficientes; já a judicialização é um fenômeno político, inerente às democracias modernas, que decorre, sobretudo, de Constituições dirigentes, preocupadas em dispor sobre programas de governo.

Na compreensão do Ministro, a judicialização da política tem ocorrido em decorrência do descumprimento, por parte do Parlamento, das normas mandamentais trazidas no texto

¹¹ São exemplos de mandados de criminalização trazidos pela CF/88: art. 5º, XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícitos de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos), XLIV (ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático); art. 7º, X e art. 227, § 4º (abuso, violência e exploração sexual da criança ou adolescente).

constitucional. Mas pode ocorrer ativismo a depender do nível de atuação política em que o STF desempenha sua função, como ocorreu nas ações analisadas nessa pesquisa, tendo em vista que o tribunal ultrapassa limites de atribuições estabelecidas na própria Constituição.

O magistrado reconhece que os grupos minoritários, historicamente excluídos de direitos, têm conseguido mais facilmente alcançar seus objetivos estratégicos por meio do Judiciário, sendo o acesso ao Executivo e Legislativo mais custoso.

Salim e Cardinali (2012) entendem da mesma forma, uma vez que as conquistas recentes das minorias LGBT têm ocorrido perante o Judiciário; chamam também atenção para o fato de que segmentos do Parlamento, como a chamada “bancada evangélica”, tem travado discussões marcadas por extremismos.

Ventilada a importância da atuação do Estado na proteção desses grupos, o Ministro Ricardo Lewandowski reconhece a legitimidade das ações, por entender que o Parlamento brasileiro se omitiu não regulamentar a questão por meio de lei criminal específica. Mas reconhece que a lei por si só não resolve o problema, sendo necessário mudanças culturais complexas, incorporadas também no plano jurídico e policial.

Reconhece o magistrado que a Câmara dos Deputados cumpriu a determinação constitucional ao aprovar o Projeto de Lei n. 5003/2001, que determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Contudo, o Senado Federal se omitiu ao dar seguimento ao processo legislativo. Reconhece-se então a configuração de mora legislativa inconstitucional na criminalização específica da homofobia e da transfobia.

Mas sustenta o julgador que a Corte nada pode fazer além de afirmar a existência de mora inconstitucional do legislativo, devendo se resguardar ao suprir a lacuna normativa por respeito ao princípio da estrita reserva legal, destinado a temas do direito penal.

Desse modo, o ministro assume explicitamente uma posição não concretista em decorrência da matéria necessariamente ter que respeitar a reserva legal como baliza expressa da Constituição Federal. As posições não concretistas no reconhecimento de omissões legislativas eram a regra no STF, passando por mudanças em 2006, quando a Corte mudou seu entendimento com fito de dar maior efetividade ao mandado de injunção.

A pesquisa jurisprudencial realizada no sítio do STF dá conta de que o posicionamento do ministro Ricardo Lewandowski acerca da necessidade de se preservar a garantia constitucional do princípio da reserva legal não é recente. No julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 92.626, de sua relatoria, a sua posição já era semelhante. Abaixo observa-se a ementa do citado HC:

“HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. FIGURAPENAL APENADA COM SANÇÃO AUTÔNOMA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA MAJORANTE DO CRIME DE ROUBO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. CAUSA OBRIGATÓRIA DE AUMENTO DE PENA. ORDEM DENEGADA. I - Não pode o julgador, por analogia, estabelecer sanção sem previsão legal, ainda que para beneficiar o réu, ao argumento de que o legislador deveria ter disciplinado a situação de outra forma. II - Em face do que dispõe o § 4º do art. 155 do Código Penal, não se mostra possível aplicar a majorante do crime de roubo ao furto qualificado. III - O aumento da pena em função da reincidência encontra-se expressamente prevista no art. 61, I, do CP, não constituindo bis in idem. IV – Ordem denegada” (HC no 92.626, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ02.05.2008) (BRASIL, 2008).

Naquela ocasião, o julgador reconhecia a impossibilidade de o juiz estabelecer sanção sem previsão legal tampouco apontar o direcionamento em que o legislador deveria ter seguido. Importante observar que a analogia, ao menos em tese, beneficiaria o réu, mesmo assim o entendimento do Ministro era pela preservação da legalidade.

Assevera Masson (2019) que a exclusividade da lei para a criação e cominação de penas possui indiscutível dimensão democrática, representada pelo Congresso nacional. Ademais, o núcleo fundante da reserva legal, decorrente da legalidade, é a taxatividade, certeza e determinação, pois busca assegurar a determinação mínima do conteúdo que compõe o tipo penal. E ao juiz cabe a máxima vinculação à lei, inclusive se tratando de benefícios legais.

A pesquisa jurisprudencial demonstrou ainda que o tratamento dado pelo STF às questões penais e a relação com o princípio da estrita vinculação legal eram no mesmo sentido do que defendeu Ricardo Lewandowski em seu voto, a exemplo Inquérito 1.690¹² e do HC 97.261¹³. Logo, demonstra-se a mudança no entendimento do colegiado, configurando excesso em sua atuação capaz de evidenciar um superdimensionamento de sua atuação política, além de afronta às garantias que a reserva legal tenta assegurar para o direito penal.

O Supremo Tribunal Federal mais uma vez deu uma demonstração de que a opinião pública tem o condão de influenciar em suas decisões. São muitas as críticas no sentido de que

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 1690. rel. min. Carlos Velloso, j. 4-12-2003, P, DJ de 30-4-2004: Delitos contra o sistema financeiro nacional: Lei 7.492/1986, arts. 5º, 6º e 7º, II: impossibilidade de o Estado ser equiparado a uma instituição financeira: Lei 7.492/1986, art. 1º, parágrafo único: o Estado, ao emitir títulos da dívida pública (Letras Financeiras do Estado) e colocá-las no mercado, para obter recursos para o Tesouro, não atuou como se fosse instituição financeira. Na aplicação da lei penal, vigora o princípio da reserva legal. Somente os entes que se enquadrem no conceito de instituição financeira, definidos no art. 1º e parágrafo único da Lei 7.492/1986, respondem pelos tipos penais nela estabelecidos.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97.261, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 12-4-2011, 2ª T, DJE de 3-5-2011. O sinal de TV a cabo não é energia e, assim, não pode ser objeto material do delito previsto no art. 155, § 3º, do CP. Daí a impossibilidade de se equiparar o desvio de sinal de TV a cabo ao delito descrito no referido dispositivo. Ademais, na esfera penal não se admite a aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei (*analogia in malam partem*), sob pena de violação ao princípio constitucional da estrita legalidade.

seus ministros vêm decidindo como detentores de cargos eletivos, situação em que, ao invés de resguardar os limites impostos pela Constituição traduzidos em regras e princípios, trazem para si a responsabilidade de resolver os problemas sociais do país.

Porém, não se pode deixar de reconhecer que o STF vem assumido essa tarefa diretiva da agenda brasileira em decorrência da falta de engajamento dos congressistas para enfrentar temas sensíveis inerentes à realidade social. No entanto, não parece existir uma mudança em horizonte próximo, já que as disputas polarizadas no campo da política, em sentido estrito, têm feito com que pautas mais progressistas fiquem de fora das deliberações.

No caso do Ministro Ricardo Lewandowski, nesse julgamento específico, observa-se preocupação com a extensão do tipo penal no sentido de prever situações não especificamente tipificadas. Não obstante setores ligados a movimentos sociais tenham lido o seu voto com estranheza, questionando o seu comportamento até então progressista, é possível observar que não pode haver comportamento mais progressista do que a preservação dos limites impostos pela reserva legal em matéria penal, consagrando diretamente a segurança jurídica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela presente pesquisa se pôde vislumbrar que a jurisdição constitucional interfere sobre o domínio da competência de um dos poderes políticos. Ao julgar uma lei demarcando os limites de atuação do legislador, ou quando exerce censura sobre omissão legislativa, o Judiciário demonstra exercer uma função no plano político.

Assim, as Constituições, operacionalizadas pelas Cortes Constitucionais, funcionam como limitação política do poder. Mas essa limitação também deve se impor ao Judiciário, devendo diferenciar-se a politização do direito do ativismo judicial, visto que este último tem gerado tensões na relação com outros poderes.

Esse ativismo tem ganhado força com a nova conformação do STF, ocorrida no início dos anos 2000, quando a corte passou a tomar para si o papel de enfrentar os problemas sociais do país, especialmente quando os outros poderes de comportam de forma omissa. Tal situação ocorre a ponto de enfraquecer garantias constitucionais como as que são estabelecidas pelo princípio da reserva legal no tratamento de matéria criminal.

O Supremo Tribunal Federal tem dado demonstrações de que a opinião pública tem o condão de influenciar em suas decisões, visto que a pesquisa jurisprudencial demonstrou que o entendimento majoritário, em período ainda recente, era totalmente o oposto do estabelecido no julgamento das ações discutidas nessa pesquisa. Nesse sentido, diversas são as críticas no sentido de que os ministros vêm desempenhando suas funções jurisdicionais como se detentores de cargos eletivos fossem, gerando tensões nas relações com os outros poderes constituídos.

Contudo, no caso do Ministro Ricardo Lewandowski, nesse julgamento específico, observa-se preocupação com a extensão do tipo penal no sentido de prever situações não especificamente tipificadas. Embora setores ligados a movimentos sociais tenham lido o seu voto com estranheza, questionando o seu comportamento até então progressista, é possível observar que não pode existir comportamento mais progressista de um juiz do que o cuidado com os limites constitucionais impostos pela reserva legal em matéria penal, protegendo assim a segurança jurídica.

Vale destacar que, embora passível de críticas, a atuação excessivamente ativista do STF ao dar provimento aos pedidos de criminalização requeridos pelos autores das ações, ultrapassando os limites competentes da jurisdição constitucional, é salutar à preservação da liberdade religiosa conferida aos fiéis e ministros confessionais. A Corte teve o cuidado de observar que essa liberdade não pode se traduzir em discurso de ódio, assim entendidas como

exteriorizações que incitam a discriminação, a hostilidade ou a violência em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero.

Ademais, a discriminação decorrente da orientação sexual não pode ser considerada menos grave do que outras formas, sendo razoável ser enquadrado nos mandados criminais trazidos pela Constituição Federal. Logo, cabe ao Direito Penal atacar tal problema em face da sua danosidade social, visto que a liberdade sexual e afetiva deve ser considerada bem jurídico relevante, também garantida nos direitos fundamentais da Constituição vigente.

Por último, não se pode deixar de reconhecer que o STF tem assumido essa tarefa diretiva da agenda pública brasileira em decorrência da falta de engajamento e ausência de representatividade dos congressistas, ao não enfrentar temas sensíveis inerentes à realidade social. Contudo, não parece existir mudança em horizonte próximo, já que as disputas polarizadas no campo da política, em sentido estrito, têm feito com que pautas mais progressistas fiquem de fora das deliberações, especialmente quando interferem na agenda dos costumes.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi M. **Processo Constitucional no Brasil**: nova composição do STF e mutação constitucional. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. In: **O Poder Judiciário e a Constituição**. Porto Alegre: AJURIS 4, 1977, p. 129-149.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Ministérios dos Direitos Humanos. **Violência LGBTfóbicas no Brasil**: dados da violência. Brasília, DF, 2018.

BRASIL . Superior Tribunal de Justiça. HC 92.010/ES. Relator: Min. Napolião Nunes Maia. Filho. 5ª turma.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721-7/DF de 1991. Relator: Min. Carlos Ayres Brito.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 1.690 de 1991. Relator: Min. Carlos Velloso,

BRASIL . Supremo Tribunal Federal. HC 97.261 de 2011, 2ª T. Relator: Min. Joaquim Barbosa.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26/DF de 2019. Relator: Min. Celso de Melo. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> . Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 4733/DF de 2019. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576> Acesso em: 20 out 2019.

FELDENS, Luciano. 2007. A Conformação Constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira & SARMENTO, Daniel (coords.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 831-855.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História Contextual do Controle de Constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira. **Quaestio Iuris**: Vol. 10, n. 4, 2017. p. 2521 -2543.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: teoria e prática. 6. ed. Salvador: JusPodvim, 2102.

DIAS, Thaíla Rédua Pestana. **Evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de mandado de injunção. Da teoria não concretista à teoria concretista**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2016/pdf/ThailaReduaPestanaDias.pdf. Acesso em 25 out 2019.

FONSECA, Nedson Danilo da; REIS, Ulisses Levy Silvério dos. Lei Antiterrorismo Brasileira (Nº 13.260/2016): Atentado Contra o Sistema Penal Acusatório? In: MONT'ALVERNE, Tarin Cristiano Frota; MELO, Silvana Paula Martins; QUEIROZ, Arthur Gustavo Saboya de (org). **Os desafios do direito internacional contemporâneo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. Sexualidad, Salud y Sociedad. **Revista Latinoamericana**, n.12, dec. 2012, pp.37.63.

JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. Trad. Gustavo Just. São Paulo: Saraiva, 2014

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Dossiê: 25 anos da constituição de 1988**. Novos Estudos 96, julho 2013.

LEME, Alessandro André. Neoliberalismo, Globalização e Reformas do Estado: Reflexões acerca da temática. **Barbarói**. Santa Cruz do Sul, n. 32, jan./jul. 2010.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (ats. 1º a 120). 13 ed. São Paulo: Método, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo, Saraiva: 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional no Brasil**: o problema da omissão legislativa inconstitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Jurisdição constitucional e política. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 147-162, maio/ago. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, Tassyla Queiroga Sousa. A separação dos poderes e os efeitos do mandado de injunção. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

RIOS, Roger Raupp. Direitos Humanos, Direitos Sexuais e Homossexualidade **Amazônica**. Vol. 3 . n .2, 288-298, 2011.

SALIM, Jacqueline Malta; SILVA, Juvêncio Borges. Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: Parâmetros para atuação política do Judiciário. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, vol. 8, n. 1,p.94-107, jan-abril, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. A proteção Constitucional à liberdade religiosa. Brasília . **Revista de informação legislativa**. a. 40 n. 160 out./dez. 2003.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul, São Leopoldo, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos**. El Tribunal Constitucional y la política. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid:Editorial Trotta, 2008.