



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

MILLENA ALVES NOGUEIRA

**ANÁLISE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA CRIMINALIZAÇÃO DA
HOMOFOBIA: DA OMISSÃO LEGISLATIVA AO ATIVISMO JUDICIAL**

SOUSA-PB
2019

MILLENA ALVES NOGUEIRA

**ANÁLISE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA CRIMINALIZAÇÃO DA
HOMOFOBIA: DA OMISSÃO LEGISLATIVA AO ATIVISMO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jacyara Farias Souza

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

N778a Nogueira, Millena Alves.
Análise Jurídico-Constitucional da criminalização da
homofobia: da omissão legislativa ao ativismo judicial / Millena
Alves Nogueira. - Sousa: [s.n], 2019.

51 fl.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de
Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2019.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jacyara Farias de Sousa Marques.

1. Ativismo Judicial. 2. Regulamentação Legal. 3. Omissão
Legislativa. I. Título.

MILLENA ALVES NOGUEIRA

**ANÁLISE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA CRIMINALIZAÇÃO DA
HOMOFOBIA: DA OMISSÃO LEGISLATIVA AO ATIVISMO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Data da aprovação: 28/11/2019

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Jacyara Farias Souza
Orientador - CCJS/UFCG

Prof. Me. Giliard Cruz Targino
Examinador (a)

Prof.^a Ms. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa
Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pois não há como não colocar Ele no início de tudo, pois dele é o livro da minha vida e sei que se estou aqui é em razão do seu amor infinito. Obrigada, senhor, espero a cada dia ser mais moldada por Ti.

As minhas duas mães, Maria Aleny e Zenilda, as quais sei que estão ao lado do Pai, sempre a me proteger e guardar, vocês me ensinaram que estar perto não é físico, obrigada pelo amor incondicional que me deram na terra, obrigada pela força que me dão agora, vocês estarão sempre vivas dentro de mim.

Ao meu pai, Luiz, queria que todas as pessoas do mundo tivessem a sorte de ter um pai dedicado como o senhor, que se reconstrói todos os dias para ver as filhas felizes, seus esforços nunca passaram despercebidos aos meus olhos, pai, obrigada por sempre ter sido o meu melhor amigo e não ter me deixado fraquejar diante das dificuldades que passamos, Deus tem um propósito lindo pra nós.

A minha eterna bebê, Kamilla, sempre vou lembrar da primeira vez que peguei você no colo, irmãzinha, meu amor por você é incondicional, você sempre terá em mim uma mãe, amiga, irmã mais velha. Espero desempenhar bem todos os papéis.

A minha família, exemplo de união e proteção, obrigada por sempre terem cuidado de mim e por todo orgulho que sentem, mesmo quando não mereço, esse é o impulso que tenho para tentar ser cada vez melhor, sempre cuidaremos uns dos outros.

As minhas amigas de infância e da minha terra natal, vocês são meu exemplo mor de amizade, obrigada por tantos anos baseados em tamanha cumplicidade, sinceridade, respeito e amor. Sou muito abençoada por ter vocês. É incrível como esse sentimento que construímos nunca muda, e que a distância só faz confirmar o quão verdadeiro é.

As amigas que fiz em Sousa, que estiveram comigo nesses 5 anos tão difíceis, obrigada por terem amenizado minhas dores, por terem estado comigo quando minha saúde mental desmoronou e, enfim, terem virado minha família também. Queria que cada uma de vocês pudesse se enxergar com os meus olhos e que cada uma soubesse o quanto são dignas de todo o amor. Vocês sabem que sempre terão essa pessoa superprotetora aqui pra brigar com quem ousar fazer uma

de vocês chorar.

A minha orientadora, Jacyara Farias, com quem divido, humildemente, o presente trabalho, obrigada por toda atenção, comprometimento e zelo. Sem a sua ajuda nada disso teria se concretizado.

Ao meu PX, grupo com quem dividi os apereios e também as felicidades da faculdade, tenho certeza do futuro brilhante que aguarda a cada um, estarei sempre aplaudindo de pé as vitórias que aguardam vocês.

-- Quem estará nas trincheiras ao teu lado?

- E isso importa?

- Mais do que a própria guerra“

Ernest Hemingway

RESUMO

O estudo analisa, sob a perspectiva jurídico-constitucional, a decisão do STF em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26/DF e do Mandado de Injunção (MI) n.º 4733/DF, resultando na criminalização da homofobia e transfobia. Tendo como objetivo geral discorrer, por meio do estudo da presente ação, sobre o crescente ativismo judicial no Brasil, e tendo como objetivos específicos, analisar a omissão legislativa do Congresso Nacional em relação a matéria das referidas ações em discussão, indo contra o mandamento constitucional de coibição a práticas discriminatórias; analisar os aspectos da jurisdição constitucional de acordo com o ordenamento jurídico; e analisar se a decisão do STF, usando do método de interpretação in malam partem para com a Lei do Racismo foi a correta, atentando para os princípios da Separação dos Poderes, Legalidade e Reserva Legal e se estes foram devidamente respeitados. Para que se alcance os objetivos supramencionados, foi utilizado o método dedutivo, adotando-se uma metodologia de procedimento analítica e comparativa, além das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Os resultados desse estudo apontam a importância das ações do controle concentrado de constitucionalidade em pressionar o Legislativo a não incorrer em mora legislativa, porém, alertam ao perigo à segurança jurídica e a democracia em relação ao ativismo judicial exacerbado.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Regulamentação Legal. Omissão Legislativa.

ABSTRACT

The study analyzes, from the legal-constitutional perspective, the decision of the Supreme Court in the context of the Direct Action of Unconstitutionality for Omission (ADO) No. 26 / DF and the Order of Injunction (MI) No. 4733 / DF, resulting in criminalization. homophobia and transphobia. With the general objective of discussing, through the study of the present action, about the increasing judicial activism in Brazil, and having as specific objectives, to analyze the legislative omission of the National Congress in relation to the matter of the referred actions under discussion, going against the constitutional commandment. curbing discriminatory practices; analyze aspects of constitutional jurisdiction in accordance with the legal system; and analyze if the decision of the Supreme Court, using the method of interpretation in malam depart with the Law of Racism was the correct one, paying attention to the principles of Separation of Powers, Legality and Legal Reserve and if they were properly respected. To achieve the above objectives, the deductive method was used, adopting a methodology of analytical and comparative procedure, in addition to the techniques of bibliographic and documentary research. The results of this study point to the importance of concentrated constitutionality control actions in pressuring the legislature not to incur legislative delay, but warn of the danger to legal certainty and democracy in relation to exacerbated judicial activism.

Keywords: Judicial Activism. Legal Regulation. Legislative omission.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ART – Artigo

CF/ 88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

STF – Supremo Tribunal Federal

ADO – Análise de Inconstitucionalidade por Omissão

MI – Mandado de Injunção

ADI – Análise Direta de Inconstitucionalidade

ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos

PPS – Partido Popular Socialista

PLS – Projeto de Lei do Senado

SUMÁRIO

RESUMO	7
1 INTRODUÇÃO	11
2 ANÁLISE DO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	13
2.1 O Princípio da Separação dos Poderes como Garantia Fundamental no Estado Democrático de Direito	13
2.2 O Constitucionalismo.....	15
2.3 O Princípio da Separação dos Poderes	17
2.4 O Princípio da Legalidade como Limitador dos Entes Estatais	19
3 OMISSÃO LEGISLATIVA.....	23
3.1 O papel do poder legislativo na função legiferante	23
3.2 O Controle De Constitucionalidade Nos Casos De Omissão Legislativa	26
3.3 Efeitos da Declaração da Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção	32
3.4 ADO 26 e Lei 12.064 e MI 4733 e Lei 13.300	33
4 O ATIVISMO JUDICIAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA.....	35
4.1 O Papel da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito	35
4.2 Aspectos do Ativismo Judicial	37
4.3 Da Omissão Legislativa ao Ativismo Judicial na Criminalização da Homofobia.....	41
4.4 Interpretação Extensiva e Interpretação Analógica	45
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

Desde a evolução dos diversos tipos de Estado até a atual conjuntura do Estado Democrático de Direito, muito se progrediu em questão de respeito as normas democráticas, busca na efetivação de direitos e garantias fundamentais e na procura, que deve ser incessante, pelo total cumprimento ao respeito do princípio da dignidade da pessoa humana.

É de suma importância que para que essa evolução continue a lograr efeitos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, respeitem o sistema de freios e contrapesos, fiscalizando-se e sendo harmônicos entre si, evitando o cometimento de excessos ou arbitrariedades.

O presente trabalho, a partir de estudos á cerca dos contornos históricos políticos e sociais no Brasil, analisa a atuação do STF em um caso que muito diverge opiniões: o julgamento da ADO N° 26 e do MI N ° 4733 na criminalização da homofobia, atentando desde a omissão legislativa do Congresso Nacional em legislar sobre a matéria, até a latente judicialização da política e o crescente ativismo judicial.

Neste sentido, o objetivo geral da pesquisa é analisar sob o cunho jurídico-constitucional a problemática que envolve essa decisão, sendo o ativismo judicial exacerbado um perigo á princípios tão caros á democracia, como o Princípio da Separação dos Poderes, o Princípio da Legalidade e da Reserva Legal, e daí então, produzir uma crítica não só ao Judiciário mas também ao Legislativo, que vem adotando posturas que vão em dissonância com o que o texto constitucional preleciona.

Para a elaboração da pesquisa, será utilizado o método dedutivo de abordagem, partindo-se de pontos genéricos para examinar pontos mais específicos que permeiam o tema, que se apresenta tão controverso. Sendo o objetivo geral do trabalho discorrer, por meio da análise da criminalização da homofobia, sobre o crescente ativismo judicial no Brasil, e tendo como objetivos específicos, analisar a omissão legislativa do Congresso Nacional em relação a matéria supramencionada; analisar os aspectos da jurisdição constitucional de acordo com o ordenamento jurídico e por fim, analisar se a decisão do STF, criminalizando a homofobia por

meio da Lei do Racismo, utilizando da interpretação analógica *in malam partem* foi correta.

A relevância da presente pesquisa se mostra á medida que fica cada vez mais evidente que deve se estabelecer um limite para a discricionariedade dos juízes, não devendo os mesmos ultrapassarem os limites dos princípios norteadores, como um exemplo, o princípio da Legalidade.

Sendo assim este estudo se apresenta por meio de uma abordagem dedutiva, na medida em que deverá se considerar, em essência, uma análise principiológica para dar base ao estudo das relações jurídicas e da análise de omissões legislativas quanto à problemática da pesquisa, concernente à temática do objeto de estudo no sentido de uma busca por otimização da lei para a prática e exigências da vida social . No que diz respeito ao procedimento, se toma por orientação os métodos analítico e comparativo, cotejando aspectos da temática estudada e possibilitando uma compreensão ampliada da situação brasileira em relação ao ativismo judicial na questão da criminalização da homofobia. Enquanto técnicas de pesquisa, adotou-se a pesquisa bibliográfica e documental, além da análise de fontes jurídicas próprias (acórdãos e leis).

É preciso que se discuta a falta de segurança quanto as respostas do Judiciário, sendo o protagonismo excessivo em relação aos outros Poderes um ato atentatório aos valores da democracia.

O capítulo inicial discorrerá sobre a análise do Estado Constitucional, observando desde as teorias que explicam o surgimento deste até a modernidade, perpassando pela origem do Princípio da Separação dos Poderes como limitador dos entes estatais e pelas fases do Constitucionalismo.

O segundo capítulo será direcionado a problemática da omissão legislativa, atentando ao papel do Poder Legislativo na função legiferante, as características do Processo Legislativo e do Controle de Constitucionalidade nos casos da omissão legislativa, mencionando os efeitos gerias da ADO e do MI. Por último, analisar-se-á, a primeira vista, a decisão dos Ministros do STF no julgamento da criminalização da homofobia.

Por fim, no terceiro capítulo, adentra-se na questão do ativismo judicial, avaliando seus aspectos gerais, avalia-se também o papel da jurisdição constitucional no atual Estado Democrático de Direito. Nos dois últimos tópicos, foca-se na problemática envolvendo a criminalização da homofobia, observando a

interpretação usada pelos ministros do STF ao correlacionar o caso com o crime de Racismo e se essa postura foi de acordo com o que preceitua o ordenamento jurídico.

2 ANÁLISE DO ESTADO CONSTITUCIONAL

O presente capítulo busca analisar as etapas evolutivas do Estado e da sociedade, desde o surgimento do mesmo, perpassando pela Separação de Poderes e seu sistema de freios e contrapesos, que busca freiar o uso excessivo de poder do ente público ou a execução de arbitrariedades.

Ademais, discorre sobre o constitucionalismo e sua importância na evolução do respeito a rigidez constitucional, assim como a efetivação dos princípios como protetores de direitos e garantias fundamentais, focando principalmente no Princípio da Legalidade e da Reserva Legal como essências a ordem democrática.

2.1 O Princípio da Separação dos Poderes como Garantia Fundamental no Estado Democrático de Direito

Ao se tratar do princípio da Separação dos Poderes, necessita-se, *a priori*, analisar o Estado, ainda que resumidamente, como um todo, sua origem e sua fase moderna como Estado Democrático de Direito. O termo Estado foi primordialmente apresentado por Maquiavel em sua obra *O Príncipe*, como preconiza Norberto Bobbio (1977, p. 5):

É fora de discussão que a palavra 'Estado' se impôs através da difusão e pelo prestígio do Príncipe de Maquiavel. A obra começa, como se sabe, com estas palavras: 'Todos os estados, todos os domínios que imperam e imperam sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados'.

Quanto ao momento em que o Estado surgiu, muitas teorias foram lançadas, cada uma com sua importância para compreensão do tema. Dallari (2011) elucida que essas podem ser divididas em três: a primeira se apresenta defendida por uma corrente de autores que acredita que o Estado, assim como a sociedade, sempre existiu; pois desde que o homem vive sobre a Terra está integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo.

A segunda posição admite que a sociedade humana existiu um certo período de tempo sem a existência do Estado. Depois, por motivos múltiplos, este foi constituído para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos sociais, surgindo assim de acordo com as particularidades de cada lugar e não concomitantemente.

A terceira teoria defende que o Estado nasce a partir do momento em que significa uma sociedade política dotada de características bem definidas, não admitindo assim a existência do Estado antes do século XVII, no qual esse conceito passou a imperar. No que concerne a causa criadora do Estado, Thomas Hobbes (cap XVII, p. 59), na Parte II de *Leviatã* explica:

A causa final, fim ou desígnio dos homens (que apreciam, naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir a restrição a si mesmos que os leva a viver em Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz. Ou seja, a vontade de abandonar a mísera condição de guerra, consequência necessária (conforme dito anteriormente) das paixões naturais dos homens, se não houver um poder visível que os mantenha em atitude de respeito, forçando-os, por temor a punição, a cumprir seus pactos e a observar as leis naturais.

Os períodos de evolução do Estado são divididos, majoritariamente, em Estado Antigo, Estado Medieval e Estado Moderno, cada um com marcos importantes para a história. Por Estado Antigo, segundo Dallari (2011) temos o que os autores se referem como as formas do Estado mais recuadas no tempo, que ainda estavam começando a se definir entre as antigas civilizações do Oriente e do Mediterrâneo, os conceitos de família, pensamento religioso e o pensamento político ainda se confundiam, sendo como características principais desse período a natureza unitária e a religiosidade, onde muitas vezes o governante era tido como um representante do poder divino.

No estado Medieval, os principais elementos que marcaram essa época foram o cristianismo, as invasões dos bárbaros e o feudalismo, começando a se formar um pensamento que aspirava á unidade, mesmo sendo um período tão instável. Tem-se no Cristianismo a base dessa inspiração, pois tinha-se na religião o ideal de que os homens tinham todos o mesmo valor e que todos os cristãos deveriam estar integrados na mesma sociedade política.

As invasões de bárbaros, que eram povos vindos de várias partes da Europa, introduziram novos costumes e estimularam assim, as mesmas regiões que eram

invadidas a adotarem um pensamento e se firmarem como unidades políticas independentes o que resultou em numerosos Estados.

Quanto ao feudalismo, deve-se levar em conta que as várias invasões e guerras tornaram o comércio difícil, fazendo com que assim a posse de terras fosse o meio mais importante de vida, de onde todos deveriam tirar seu sustento. Todos esses fatores foram causa de uma grande instabilidade política, econômica e social, gerando uma necessidade de ordem que foi o ímpeto para a criação do Estado Moderno. Dando continuidade aos ensinamentos de Dallari (2011), o movimento precursor do terceiro Estado seria o Renascimento que romperia definitivamente com o sistema feudal, onde não mais se aceitava a tributação exacerbada dos monarcas. Nascendo assim, da necessidade de um poder soberano sobre uma localidade extensa o Estado Moderno, inicialmente absolutista.

Nesse sistema, o poder do Estado estava intimamente ligado a pessoa e não a uma instituição despersonalizada, havendo a crença de que o poder do monarca emanava do divino, pensamento que foi se desenvolvendo a partir das teorias contratualistas, onde essa qualificação passou a ser a de uma espécie de “fiador da segurança nacional”. Os principais elementos desse Estado Moderno eram a soberania, o território, o povo e a finalidade. Nas palavras de Dallari (2011, p. 109):

Parece-me que se poderá conceituar o Estado como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo, e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território.

2.2 O Constitucionalismo

O poder exacerbado do monarca insatisfez as camadas sociais, que começaram a se revoltar contra as arbitragens do então atual sistema político, o que fez com que comessem a ocorrer revoluções, sendo o ápice desse movimento a Revolução Francesa.

A partir de toda essa reviravolta social, nasce o Constitucionalismo, onde as leis imperam e o poder sai das mãos do monarca, passando ao povo. Como leciona Canotilho (2000) constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do

governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.

Em relação á necessidade do Constitucionalismo, Jorge Miranda (2011) explica que as leis fundamentais das monarquias anteriores aos séculos XVIII e XIX não regulavam nada mais que a atividade dos governantes e não traçavam, com rigor, as suas relações com os governados, sendo assentadas no costume e muitas vezes não escritas, e por isso se apresentaram insuportáveis ao iluminismo. Em contrapartida, quanto ao constitucionalismo moderno, Miranda (2013, p. 30) dispõe que:

Diferentemente, o constitucionalismo moderno – produto da rutura histórica ocorrida no século XVIII nas ideias e nos factos, ou apenas nas ideias – tende a disciplinar toda a atividade dos governantes e todas as suas relações com os governados; declara uma vontade autónoma de refundação da ordem jurídica; e declarando-a, pretende abarcar todo o âmbito do Estado, através de normas adequadas aos fins assumidos por governantes e governados em cada época histórica. Como sintetiza Georges Burdeau, a Constituição aparece não já como um resultado, mas como um ponto de partida; já não é descritiva, mas criadora; a sua razão de ser não se encontra na sua vetustez, mas no seu significado jurídico; a sua força obrigatória decorre não do fatalismo histórico, mas da regra de direito que exprime.

Como característica importante do Constitucionalismo no Estado Moderno, Dallari (2011, p. 199) ressalta a máxima de todo indivíduo ser um sujeito de direitos, nas palavras:

No Estado Moderno todo indivíduo submetido a ele é, por isso mesmo, reconhecido como pessoa. E aqueles que, estando submetidos ao Estado, participam ao mesmo tempo de sua constituição exercem funções como sujeitos, sendo, pois, titulares de direitos públicos subjetivos.

Nesse sentido, também ministra Luis Roberto Barroso (2010, p. 5-6):

Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of the law*, *Rechtsstaat*). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira [...] em um Estado constitucional existem três ordens de limitação ao poder. Em primeiro lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos materiais que hão de ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana (...). Em segundo lugar, há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes(...). Por fim, há as limitações processuais: os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal.

Nota-se, enfim, que nesse momento, dá-se por encerrada a crença de que o poder deveria se concentrar na mão de um único soberano, que não encontrava óbice para governar de maneira desenfreada sem respeitar os direitos e garantias fundamentais ao povo.

Nas lições de Dallari (2011) o Estado Constitucional foi criando suas raízes e fixando-se na sociedade na mesma época em que o Estado Democrático de Direito surgia, sendo assim ambos nascidos sob a égide dos mesmos princípios. Tendo como base três grandes objetivos: a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder.

É então que o Constitucionalismo Moderno se fixa na sociedade, tendo como características, segundo os ensinamentos de Uadi Lammego Bulos (2009) a criação de constituições modernas, rígidas, escritas e dotadas de supremacia constitucional, trazendo promessas de liberdade e igualdade, trazendo uma estabilidade jurídica a época.

Hoje, no Estado Constitucional de Direito, impera o Neoconstitucionalismo, que nas lições de Walber de Moura Agra (2008, p. 202):

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características, podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras/ c) inovações hermeneuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento de justiça distributiva.

Logo, resta notada a importante reviravolta que o movimento do constituconalismo trouxe ao ordenamento jurídico, sendo de importância ímpar para a efetivação do cumrpimento de direitos e garantias fundamentais.

2.3 O Princípio da Separação dos Poderes

Diante de todo esse contexto histórico, passa-se a analisar a Separação de Poderes e sua extrema importância no Estado Democrático de Direito como protetor

dos interesses do povo. A respeito das primeiras noções do que hoje temos como Separação de Poderes, Pedro Lenza (2011, p. 433) sintetiza:

As primeiras bases teóricas para a ‘tripli-partição de poderes’ foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles em sua obra Política, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos.

Ademais, temos a gigantesca contribuição de Locke e Montesquieu para o embasamento do princípio, tendo o barão de La Brède definido e classificado os Poderes do Estado com o escopo de, esquematizando suas funções próprias e limites, evitar que um poder fosse submisso ou se sobrepusesse ao outro.

José Afonso da Silva (2005) explica que a separação dos poderes se fundamenta em dois elementos, quais são: a especialização funcional, que significa que cada órgão é especializado em uma função, assim às assembleias (Congresso, câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa, ao Executivo a função Executiva e ao Judiciário a função Jurisdicional; o segundo elemento seria o da independência orgânica, que significa que além da especialização funcional, necessita-se que cada órgão seja efetivamente independente do outro. Dallari (2011, p. 214) ao enfatizar sobre a importância desse princípio, aduz,

Foi a intenção de enfraquecer o poder do Estado, complementando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a separação de poderes como um dos dogmas do Estado Moderno, chegando-se mesmo a sustentar a impossibilidade de democracia sem aquela separação.

José Joaquim Gomes Canotilho (1995, p. 43) elucidada que:

O esquema racional da estadualidade encontra expressão jurídico-política adequada num sistema político normativamente conformado por uma constituição e democraticamente legitimado. Por outras palavras: o Estado concebe-se hoje como Estado Constitucional Democrático, porque ele é conformado por uma Lei fundamental escrita (= constituição juridicamente constituída das estruturas básicas da justiça) e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática.

Sobre o princípio da separação das funções estatais, Miranda, (2017, p.13) destaca que:

O governo representativo está, por natureza, vinculado ao princípio da separação de poderes. Em primeiro lugar, pela separação entre o exercício do poder pelo povo através das eleições e o exercício do poder pelos governantes (disso tiveram consciência logo os autores liberais, preocupados com a garantia das liberdades). Depois, pela necessidade de equilíbrio entre os órgãos eletivos. Justifica-se recordar as implicações básicas do princípio: a) Pluralidade de órgãos de função política, cada qual com competência própria (incluindo de auto-organização) e não podendo nenhum ter outra competência além da fixada pela norma jurídica; b) Primado de competência legislativa do Parlamento enquanto assembleia representativa, de composição pluralista e com procedimento contraditório e público; c) Independência dos tribunais, com reserva de jurisdição; 23 d) Criação de mecanismos de fiscalização ou de controlo interorgânico (e intraorgânico), sejam de mérito ou de legalidade e constitucionalidade; e) Divisão pessoal de poder, através de incompatibilidades de cargos públicos; f) Divisão temporal, através da fixação do tempo de exercício dos cargos e de limitações à sua renovação, e divisão político-temporal, por meio da previsão de durações diferentes dos mandatos e de não acumulação das datas das eleições dos titulares de órgãos representativos; g) Divisão territorial ou vertical, através do federalismo ou do regionalismo político e da descentralização administrativa local; h) Divisão funcional através da descentralização administrativa institucional (associações e fundações públicas, institutos públicos, universidades públicas).

Daí se mostra a relação intrínseca do princípio da Separação dos Poderes com o Estado Democrático de Direito, por este ser um limitador do poder estatal garantindo uma alternância efetiva no exercício do poder e garantindo a efetividade na garantia dos direitos dos indivíduos, salientando ainda a extrema relevância da fiscalização que um poder exerce sobre o outro, protegendo-se assim os interesses do povo de um governo desenfreado ou com traços do superado despotismo.

2.4 O Princípio da Legalidade como Limitador dos Entes Estatais

Nas lições de Greco (2017), o Estado de Direito em se vive e o princípio da legalidade são dois conceitos que estão intimamente ligados, pois num verdadeiro Estado de Direito, que foi criado com a intenção de tirar o poder absoluto das mãos de determinado soberano, devem-se respeitar as leis e todos a ela devem estar subordinados. Greco (2017, p. 173) citando Bonavides, preleciona que:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes.

Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram

previamente elaboradas nem reconhecidas. (BONAVIDES, p.112, *apud* GRECO, 2017, p.173)

Busato (2015, p. 75-78), ao explicar sobre o assunto, diz que através desses princípios limitadores da intervenção penal se estabelece uma defesa do indivíduo contra a atuação violenta do Estado, pois o dever de castigar no é absoluto. Destaca que:

O princípio de legalidade cumpre uma função decisiva na garantia de liberdade dos cidadãos, frente ao poder punitivo Estatal, desde o século XVIII.²³ Esse pensamento político é coroado pela Revolução Francesa,²⁴ que em princípio supõe o desejo de substituir o governo caprichoso dos homens pela vontade geral, pela vontade expressa através da norma, da lei.²⁵ O que então se considerava povo²⁶ (Terceiro Estado) passa de ser –instrumento ou –sujeito passivo²⁷ do poder absoluto do monarca a –participante daquele poder. A lei, em consequência, supõe a expressão da vontade popular, realizada pelos representantes do povo conforme o contrato social. Ainda discorrendo sobre o tema, o princípio da legalidade só pode ser corretamente compreendido em sua importância e extensão quando observado em todas as suas dimensões, como garantia inviolável do cidadão frente ao exercício punitivo do Estado. Ou seja, não basta considerar o princípio da legalidade um instrumento jurídico, relacionado apenas com a norma posta, como um filtro jurídico do direito positivo. É preciso ir além e enxergar o contexto histórico de seu desenvolvimento e tudo o que se pretendeu alcançar através da sua afirmação. Visto assim, entra em evidência, antes de tudo, a sua dimensão política, que significa o predomínio do Poder Legislativo como órgão que representa a vontade geral frente aos outros Poderes do Estado, para, a seguir, merecer consideração sua dimensão técnica, que expressa a forma de como os legisladores devem formular as normas penais.

Nucci (2014, p. 32) dispõe:

Há três significados em relação ao princípio da legalidade: político, como garantia constitucional dos direitos humanos, jurídico em sentido lato: ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, jurídico em sentido estrito ou penal, fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras. (...) A raiz histórica do princípio da legalidade – a lei que ouve antes de condenar - está na Magna Carta de 1215 (“Nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela ‘lei da terra’”) A expressão original – by the law of the land – foi modificada em edição posterior da Magna Carta para due process of the law (devido processo legal). A garantia tinha por finalidade evitar que alguém fosse preso ou privado de seus bens pela vontade singular do soberano, obrigando que os magistrados aplicassem, efetivamente, as leis consuetudinárias á época consagradas pela comunidade.

Consoante a isso, GRECO (2017, p. 175) diz que apenas com a Revolução Francesa o princípio atingiu os moldes necessários para o Direito Penal:

O princípio da legalidade foi previsto expressamente em todos os nossos Códigos, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940, ocorrida em 1984. Por intermédio da lei existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja, definindo a condutas proibidas (comissivas ou omissivas), sob a ameaça de sanção.

Dessa forma, países que adotam uma Constituição rígida, no qual é o caso do Brasil, adotam um verdadeiro Estado Constitucional de Direito, onde a Constituição é a fonte de validade de todas as normas e não pode ser contrariada por normas de hierarquia inferior.

Diante de todo o percurso evolutivo percorrido no Direito e as proteções conquistadas ao longo do tempo, destaca-se, no princípio da legalidade, um dos princípios mais importantes. Insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, que diz: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Ressalta-se aqui, o quanto se lutou para que o indivíduo estivesse protegido de arbitrariedades dos governantes, garantia essa que está presente no referido princípio que dispõe que só será tido como crime ato devidamente tipificado e que tenha respeitado o processo de elaboração da lei. Sobre o assunto, Fernando Capez (2011, p 57):

Trata-se de garantia constitucional fundamental do homem. O tipo exerce função garantidora do primado da liberdade porque, a partir do momento em que somente se pune alguém pela prática de crime previamente definido em lei, os membros da coletividade passam a ficar protegidos contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade. O princípio contém uma regra — segundo a qual ninguém poderá ser punido pelo poder estatal, nem sofrer qualquer violação em seu direito de liberdade — e uma exceção, pela qual os indivíduos somente serão punidos se, e quando, vierem a praticar condutas previamente definidas em lei como indesejáveis.

Greco (2017) divide o Princípio da Legalidade em suas funções, quais sendo elas: proibir a retroatividade da lei penal, proibir a criação de crimes e penas pelos costumes, proibir a analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas e proibir incriminações vagas ou indeterminadas.

Reitera-se aqui, nas lições de Busato (2015) que do Princípio da legalidade se subdividem quatro garantias ao indivíduo: além da garantia criminal, que é a proibição de que impute a alguém fato que não seja devidamente tipificado como

crime, a garantia penal, ou seja, qualquer sanção só pode ser aplicada se estabelecida por lei; a garantia jurisdicional, onde ninguém deve ser condenado sem uma sentença firme e a garantia de execução, onde a pena deve ser cumprida na forma legalmente estabelecida.

Percebe-se, então, o Princípio da Legalidade, assim como o da Separação dos Poderes, mecanismos de proteção ao indivíduo e a sociedade, resultados de um longo processo de evolução, onde o Estado deixa de ser mero detentor de poder mas também uma espécie de garantidor em nome da paz social. Saliendo-se aqui que não basta que se respeitem apenas as leis, mas que para que realmente se configure um Estado Democrático de Direito se respeitem também os princípios e garantias fundamentais.

3 OMISSÃO LEGISLATIVA

No presente capítulo, discorrerá-se sobre a problemática da omissão legislativa, atentando aos deveres do Poder Legislativo na função legiferante, observando também o papel do Poder Judiciário como órgão incubido de pressionar o Congresso Nacional, quando omissor, através do Controle de Constitucionalidade por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção.

Ademais, introduzir-se á no estudo do julgamento da ADO 26 juntamente com o MI 4733, para fins de se analisar a postura dos ministros do STF quanto ao tema da criminalização da homofobia e futuramente observar-se as consequências jurídicas do referido ato.

3.1 O papel do poder legislativo na função legiferante

O Poder Legislativo no Brasil no âmbito da União é composto pelo Congresso Nacional, formado pela conjunção do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, integrados por Senadores e Deputados, adotando-se o sistema do bicameralismo. Acumula, como os demais Poderes, funções típicas e atípicas.

Segundo Silva (2016, p. 509) o bicameralismo, adotado nas nossas Constituições desde o Império, com exceção das limitações contidas nas Cartas de 1037 e 1934, vem sendo o modelo mais aceito entre as federações, haja vista a crença de que o Senado é a câmara representativa dos estados federados enquanto a Câmara dos Deputados o órgão responsável por representar as vontades do povo. Destaca-se que não há predominância de uma Câmara sob a outra, tendo a Câmara dos Deputados uma certa primazia por de lá se instaurar o Processo Legislativo.

É importante ressaltar a importância que esse Poder recebeu na Constituição de 1988, haja vista ser o exteriorizador da vontade do povo e sendo o possuidor do poder constituinte á medida que elabora leis, podendo assim inovar a ordem jurídica.

Antes de se conceituar o Processo Legislativo, é preciso que se trate, primeiramente, o significado de 'processo'. João Trindade Cavalcante Filho (2017, p. 02), conceitua processo no âmbito da Teoria Geral do Direito como sendo um

conjunto de atos ordenados para a realização de um fim, ou seja, é o mecanismo de produção de normas jurídicas.

J. J Gomes Canotilho (2003, p. 941) conceitua o Processo Legislativo como sendo a sucessão de atos necessários para que se produza um ato legislativo, sendo a lei o ato final desse mencionado procedimento. Assim sendo, o procedimento legislativo é um conjunto de atos heterogêneos e autônomos, praticados por sujeitos diversos com a intenção de se formar uma lei.

Silva (2016, p. art. 524) ainda aborda que esses atos do processo legislativo são divididos em: iniciativa legislativa; emendas; votação; sanção veto; promulgação e publicação. Por iniciativa legislativa, o autor ensina o termo se refere a faculdade que é atribuída a alguém ou a algum órgão para apresentar projetos de lei ao Legislativo. Não sendo, literalmente, um ato do processo legislativo mas sim o que desencadeia as demais atividades.

As emendas são proposições apresentadas como acessórias, representando o direito de membros do Congresso sugerirem modificações nos projetos de lei, a fim de melhor satisfazer o interesse daquele determinado assunto fruto do Poder Constituinte Derivado. Quanto a votação, é identificada como um ato coletivo das Casas, que geralmente vem precedida de estudos e avaliações, se tornando o ato da decisão, onde devem ser observados os respectivos quóruns para cada espécie de lei que está sendo objeto de análise.

Por último, por sanção e veto, são ambos atos legislativos de exclusividade do Presidente da República que recaem sobre projetos de lei, tendo como sanção a adesão do Chefe do Executivo ao projeto de lei, podendo ser expressa ou tácita. Já o veto é quando o Presidente exprime sua discordância para com o projeto, podendo ser total ou parcial. Dessa forma, a CF dispõe em seu artigo 59 que:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I – emendas à Constituição;
- II – leis complementares; III – leis ordinárias;
- IV- leis delegadas;

V– medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Para que se entenda de forma mais complexa o Processo Legislativo e sua importância em nosso ordenamento jurídico e na função legiferante, se mostra

mister que se avalie seus princípios norteadores, que diferentemente das regras quando ao processo de criação das leis, se mostram de maneira mais subjetiva mas devem de igual maneira ser observados.

Segundo João Trindade Cavalcante Filho (2017), quanto aos princípios do Processo Legislativo, estes são: Princípio da Separação dos Poderes: é o princípio segundo o qual os poderes devem ser independentes, porém harmônicos entre si, possuindo funções típicas e atípicas e estabelecendo um sistema de freios e contrapesos, onde um poder fiscalize o outro e ao mesmo tempo por este seja controlado. Princípio da não convalidação das nulidades: esse princípio defende que, em regra, as nulidades do processo legislativo são insanáveis, não podendo ser objeto de correção posteriormente feita.

Princípio da controlabilidade (ou do controle de constitucionalidade): Preceitua que o processo legislativo deve ser controlado de acordo com a Constituição Federal, seja pelo poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, sendo cada um realizado em determinado momento do processo. Princípio da simetria: esse princípio vai de acordo com o art. 25 da Constituição Federal que estabelece que os Estados-membros organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios estabelecidos na Constituição. Dessa forma, em suma, as normas aplicáveis ao processo legislativo federal devem repetir-se no âmbito dos Estados e Municípios, cedendo espaço para a autonomia estadual e municipal apenas quando expresso em nossa Carta Magna. Princípio Democrático: Nasce da máxima de que “todo poder emana do povo”, devendo ater-se as espécies de democracia ao longo do tempo, tais quais: democracia direta, indireta e semidireta.

Dessa forma, nota-se a importância da observância dos princípios no Processo Legislativo, pois estes oferecem coerência ao sistema em que estão introduzidos, dando embasamento e fazendo com que as leis sejam criadas, desde o princípio, com observância ao modelo processual adequado. Assim, vê-se o importante papel do Poder Legislativo na função legiferante, haja vista ser o poder responsável por representar a vontade do povo e a vontade dos Estados, tendo então, enorme importância no Estado Democrático de Direito e na defesa da Democracia.

É importante mencionar que a CF/88, visando a proteção de certos bens ou interesses, determinou a obrigatoriedade destes, sendo assim, em

relação a certos assuntos o legislador é obrigado a editar leis que o protejam, são os mandatos constitucionais criminalizadores.

Nas lições de Gonçalves (2007), quando o legislador é desatento aos mandados constitucionais de criminalização, não está incorrendo em mera mora legislativa, o que aconteceria no caso de uma norma programática constitucional, no caso mencionado, há um verdadeiro descumprimento de dever jurídico.

Esses mandamentos geralmente estão ligados a proteção da dignidade da pessoa humana, daí onde fica comprovada, a necessidade de que o Poder Legislativo seja sempre atuante protegendo o que pede o texto constitucional.

3.2 O Controle De Constitucionalidade Nos Casos De Omissão Legislativa

Para adentrar no papel do Controle de Constitucionalidade nos casos de omissão legislativa, insta definir, primeiramente, o conceito de constitucionalidade, inconstitucionalidade e o conceito geral desse controle. Nas lições de Miranda (2013, p. 273-274),

Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, —a relação que se estabelece entre uma coisa — a Constituição — e outra coisa — um comportamento — que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível.

Dessa forma, nota-se que todas as normas devem estar de acordo com o texto Constitucional, de onde tiram seu status de válidas. Destaca Mendes (2017, p. 1726) sobre a temática,

Destarte, os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade não traduzem, tão somente, a ideia de conformidade ou inconformidade com a Constituição. Assim, tomando de empréstimo a expressão de Bittar, dir-se-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção — de nulidade ou de anulabilidade — por desconformidade com o ordenamento constitucional.

Vê-se, que é necessário não somente que as normas estejam de acordo com o texto da Lei Maior, mas que também esteja conforme regras de competência, observando os princípios basilares do Processo Legislativo, estando em total conformidade com o ordenamento jurídico.

Quanto ao conceito de Controle de Constitucionalidade, a partir do Constitucionalismo e do momento em que se declara que a força da Constituição e a importância de seu cumprimento, tornam-se extremamente necessárias medidas de proteção a mesma, assim como o controle dos atos do Poder Público, como as leis.

Ainda nas lições de Gilmar Mendes (2017), o Controle de Constitucionalidade pode ser, quanto ao órgão: político; ou seja, quando a atividade é exercida por um órgão político ao invés de um órgão jurisdicional; jurisdicional e misto.

Quanto á forma, pode ser: incidental ou principal, tendo por incidental o Controle que acontece quando a inconstitucionalidade é arguida em um processo que já está tramitando, ou seja, um incidente. No caso da principal, a questão constitucional é suscitada em um processo autônomo, onde a constitucionalidade ou não da norma em tese é a questão principal do processo. Há, ainda, uma importante divisão dentro do Controle de Constitucionalidade Jurisdicional, onde se divide esse controle em: controle difuso, abstrato e controle misto.

No controle difuso é assegurado a qualquer órgão jurisdicional incumbido de aplicar a lei a faculdade de, em um caso concreto, o poder-dever de afastar a aplicação da norma caso a considere inconstitucional. No Controle abstrato (ou concentrado), as questões suscitadas á respeito da constitucionalidade das normas são atribuídas a um Tribunal ou Corte superiores, adotando ações individuais. Nas palavras de Georges Abboud (2018, p. 374) sobre o tema:

O processo de controle abstrato de constitucionalidade —consiste num tipo de controle abstrato de validade de normas exercido por via direta ou principal e que tem por finalidade essencial a eliminação do ordenamento, quer de normas jurídicas já publicadas que sejam julgadas inconstitucionais ou ilegais, quer de efeitos que as mesmas hajam produzidoll.5 Trata-se de controle abstrato, porque seu objeto é um ato normativo, tendo produzido efeitos jurídicos ou não, de modo que poderá a lei até mesmo ser questionada durante sua *vacatio legis*. Sua função é retirar do ordenamento o ato normativo considerado inconstitucional, algo que não pode ser feito nem pelo controle difuso de constitucionalidade.

Logo, a decisão no controle abstrato, produz efeito erga *omnes* e vinculantes, diferindo do que acontece no caso do controle difuso, sendo um processo objetivo, sem contraditório, não havendo direitos subjetivos. No entanto, uma informação necessária é que a CRFB/88 é uma constituição rígida, ou seja, segundo Calil Simão (2015) isso significa que a Constituição é resistente, de modo que as leis nascem com presunção de constitucionalidade, sendo o controle uma exceção a regra, em

nome da garantia da segurança do texto constitucional.

É importante ressaltar que também há uma divisão nas espécies de inconstitucionalidade, sendo ela baseada em diferentes elementos e diferentes critérios, divisão essa que encaminhará qual ação é a recomendada para cada caso de acordo com a determinada lacuna constitucional que houver na norma. Nas lições de Barroso (2012), as espécies de inconstitucionalidade são divididas em: Inconstitucionalidade forma e material :a inconstitucionalidade formal se traduz em algum erro quanto as regras de procedimento ou quanto as regras de competência (inconstitucionalidade orgânica) da norma.

Quanto a inconstitucionalidade material, essa se identifica quando há uma incompatibilidade de conteúdo, ou seja, há um desvio da lei para com o conteúdo da Constituição ou com algum de seus princípios basilares. Não há impedimento de que determinada lei possa ser declarada inconstitucional em ambas as esferas mencionadas, sendo o efeito da declaração o mesmo: a invalidade da norma.

Inconstitucionalidade por ação ou omissão: a Constituição Federal é uma norma jurídica cogente, o que significa que as regras que estão expostas em seu texto não são simples “recomendações” e sim verdadeiros comandos que devem ser observados, sejam eles comandos positivos ou comandos negativos. Dessa forma, pode-se desrespeitar o texto constitucional seja por ação, praticando um ato que a mesma proibia, ou por omissão, deixando de cumprir ato que ela exija.

Importante para a matéria também é a divisão da eficácia das normas constitucionais, segundo Marcelo Alexandrino (2019) as normas de eficácia plena são aquelas desde a entrada em vigor da CF estão completamente aptas a produzir efeitos, com eficácia direta, imediata e integral. Já as normas de eficácia contida, tem eficácia direta, imediata, mas não integral. Enquanto as normas de eficácia limitada tem a eficácia indireta, mediata e diferida, pois só passam a surtir efeitos a partir da criação de uma norma regulamentadora.

Adentra-se, então, em um campo que vem sendo amplamente alvo de discussões entre os estudiosos do ramo, o da inconstitucionalidade por omissão e o da sua gravidade para a proteção da efetividade das normas constitucionais.

Segundo Jorge Miranda (2003), a inconstitucionalidade por omissão se manifesta das mais variadas formas, seja pela falta de medidas legislativas, seja pela falta de edição de medidas políticas, e até mesmo pela ausência de medidas judiciais que resultam na denegação da justiça, pois não é admissível que juízes deixem de

jugar o caso alegando obscuridade de lei. Barroso (2015, p. 225), explana,

No Brasil, o tema da inconstitucionalidade por omissão foi amplamente debatido nos anos que antecederam a convocação e os trabalhos da Assembleia Constituinte, que resultaram na Constituição de 1988. A nova Carta concebeu dois remédios jurídicos diversos para enfrentar o problema: (i) o mandado de injunção (art 5º LXXI) para a tutela jurisdicional e in concreto de direitos subjetivos constitucionais violados devido a ausência de norma reguladora; e (ii) a ação de inconstitucionalidade por omissão. (art 103, 2º) para o controle por via principal e em tese de omissões normativas.

Esse controle das omissões inconstitucionais representa, claramente, uma das mais importantes inovações da Constituição de 1988, devendo-se, nas palavras de Cunha Júnior (2011), ao Estado Social, onde foi alçado o conceito de que este era responsável pelo bem-estar social, traçando-se tarefas visando a efetivação dos fins sociais elencados na Carta Magna. Além do mais, é um controle que vai de encontro ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

É importante ressaltar que essa omissão pode se apresentar de duas formas, de maneira parcial e de maneira total, pois a mesma não se configura apenas quando o legislador não edita determinada norma que foi determinada pela Constituição, mas também,, quando a edita de forma lacunosa ou de maneira diversa da que se foi exigida.

Canotilho (2003) nos apresenta um bom exemplo de inconstitucionalidade por omissão parcial em Direito Constitucional e Teoria da Constituição mencionando o caso de uma lei que conceda vantagens a certos grupos ou certas situações, não incluindo outros que preencham os mesmos requisitos de fato e de direito para a concessão da tal vantagem. Ou seja, a inconstitucionalidade não está no benefício em si que foi concedido e sim na não contemplação de grupos que de forma isonômica seriam igualmente merecedores.

Diante do exposto, vê-se que a Constituição Federal de 1988 contemplou dois instrumentos para o controle de inconstitucionalidade por omissão, sendo eles, como já mencionado, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Quanto a Ação Direita de Inconstitucionalidade por omissão, tem-se o seguinte dispositivo:

Art. 103, § 2º, 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. (BRASIL, 1988).

Segundo Barroso (2015, p. 237), quanto ao ensejo para a criação dessa ação, tem-se:

A experiência constitucional brasileira, da Independência até a vigência da Constituição de 1988, é uma crônica da distância entre intenção e gesto, do desencontro entre norma e realidade. A marca da falta de efetividade, impulsionada pela insinceridade normativa, acompanhou o constitucionalismo brasileiro pelas décadas a fora, desde a promessa de igualdade de todos na lei, feita pela Carta Imperial de 1824 – a do regime escravocata – até a garantia a todos os trabalhadores do direito a colônias de férias e clínicas de repouso, constante da Constituição de 1969 – a do regime militar. Destituídas de normatividade, as constituições desempenhavam o papel menor, mistificador, de proclamar o que não era a verdade e de prometer o que não seria cumprido.

Mendes (2017, p. 2015) sobre a importância desse instituto,

Todos os que, tópicamente ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão atinente à omissão inconstitucional, não de ter percebido que a problemática é de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais. Ela é fundamental sobretudo para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna.

De acordo com as lições de Barroso (2015), A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão configura espécie de controle abstrato de constitucionalidade, adentrando na modalidade de processo objetivo, que tem como causa uma lacuna normativa ou uma insuficiência. Ou seja, não busca solucionar um conflito entre partes, sendo a repercussão de sua decisão refletida em um plano político.

Valendo ressaltar que a Constituição Federal de 1988 é uma constituição compromissória, logo, em seu texto são instituídos direitos que se traduzem em prestações exigíveis, o que acaba impondo metas aos Poderes, que quando não cumpridas prejudicam a eficácia da Carta Magna. Quanto a competência para julgamento da ADO, está disposto,

Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo

federal. (BRASIL, 1988)

No que concerne aos legitimados ativos para a propositura da ação, a CRFB/88, em seu Art. 103, aduz:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal;

III- a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV- a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República;

VI- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

- partido político com representação no Congresso

Nacional;

VII- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O Mandado de Injunção, por sua vez, encontra-se previsto no art. 5º, inciso LXXI da CF/88, no campo dos direitos e garantias fundamentais.

Art. 5º, caput. LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Diferentemente do que foi visto em sede de ADO, o Mandado de Injunção, segundo Mendes (2017), este remédio constitucional, visando tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, além de proteger prerrogativas como cidadania, nacionalidade, etc.

Ou seja, o Mandado de Injunção é uma forma de fiscalização concreta, voltando-se para a tutela de determinado direito subjetivo violado em decorrência da ausência de determinada norma reguladora.

Quanto a legitimação para propositura da ação, o mandado de injunção poderá ser impetrado por qualquer pessoa que seja titular de um direito fundamental oponível ao ente, seja público ou privado. No que concerne a competência para julgamento, no caso do MI, esta é atribuída a diferentes órgãos jurisdicionais, de acordo com a autoridade impetrada, nos termos do art. 102, I, q e II, a; art. 105 I, h e 121, § 4º, V, da CRFB/88.

Observa-se que essas ações não tem o poder de fazer com que o

Judiciário obrigue o Legislativo a legislar sobre as normas infracostitucionais integradoras, haja vista os Poderes serem independentes e harmônicos entre si, porém, elas tem o condão de fazer com que o Judiciário constitua o Legislativo em mora, ou seja, omissão consitucional.

3.3 Efeitos da Declaração da Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção

Como está disposto no art. 103, §2º da CRFB/88, da decisão que declarar a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência para o órgão competente para que se adotem as providências a serem tomadas.

Segundo Barroso (2015), é a partir desse fato que nasce a controvérsia quanto ao efeito da ação. A teoria não concretista entende que após declarada a inconstitucionalidade por omissão, o dever que o STF têm é o de apenas declarar a omissão para que se cientifique o órgão que tem o dever de editar tal norma.

Essa teoria fundamenta-se no respeito á democracia e a separação de poderes, alegando que se o STF agisse mais do que apenas declarando a inconstitucionalidade, estaria exorbitando sua competência.

Por outro lado, a teoria Concretista defende que a redação do art. 103 teria limitado os seus efeitos, dizendo menos do que queria na verdade dizer. A corrente defende que deve se interpretar a norma conjuntamente com outros dispositivos constitucionais para que esta realmente surta efeito, pois o dispositivo foi introduzido com a intenção de solucionar o problema da omissão legislativa, não apenas de declará-lo.

Em defesa dessa corrente, Temer (2002, p. 51-52) aduz,

A primeira afirmação que se deve fazer é aquela referente à finalidade desse controle: é a de realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Seja: nenhuma norma constitucional deixará de alcançar eficácia plena. Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador. O que se quer é que a inação (omissão) do legislador não venha a impedir o aferimento de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina. Quer-se – com tal forma de controle – passar da abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado. O legislador constituinte de 1988 baseou-se nas experiências constitucionais anteriores, quando muitas normas não foram regulamentadas por legislação integrativa e, por isso, tornaram-se ineficazes.

Contudo, é importante ressaltar que o STF vem adotando uma postura mais ativa desde 2007 no julgamento da ADI 3.682/MT, na qual não apenas declarou a mora legislativa como também declarou o dever do Congresso Nacional de legislar, além de fixar um prazo razoável para que o mesmo o faça.

Quanto aos efeitos do Mandado de Injunção, uma corrente defende que seus efeitos devem acontecer apenas *inter partes*, com o juiz aplicando a norma ao caso concreto. Por outro lado, existem aqueles que defendem que a decisão proferida em Mandado de Injunção tenha caráter mandamental, ou seja, nesse caso caberia ao Judiciário comunicar ao órgão omissor sobre a mora para que este adote as providências cabíveis, posição essa que foi a escolhida pela maioria dos ministros do STF.

Atualmente, em sede de efeitos de MI, o STF vem adotando a posição concretista geral, posição a qual, segundo Dirley da Cunha (2017) é caracterizada pela criação, através do Poder Judiciário, com eficácia erga omnes, de solução visando suprimir a omissão pleiteada no caso *inter partes*.

3.4 ADO 26 e Lei 12.064 e MI 4733 e Lei 13.300

Recentemente, mais precisamente no dia 13 de Junho de 2019 foram julgados os processos nos quais se questionava se havia omissão do Congresso Nacional por não existir lei que criminalizasse quem praticasse a homofobia e a transfobia. A questão estava em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 tendo como relator o ministro Celso de Mello e no Mandado de Injunção nº 4733 relatado pelo ministro Edson Fachin.

Nessas ações o STF, por maioria, reconheceu que havia mora do Congresso Nacional, os ministros Celso de Mello, Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso foram a favor do enquadramento da homofobia e da transfobia como um tipo penal enquadrado na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso edite uma norma específica, ficando vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli que entendiam que esse não era o meio adequado, já o ministro Marco Aurélio não reconheceu que havia mora do Congresso.

Segundo o site da BBC News, em matéria do jornalista Rafael Barifouse, o pedido chegou ao STF por meio de duas ações, movidas pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT) e pelo Partido Popular Socialista (PPS), em 2012 e 2013, respectivamente.

Nas ações, argumentava-se que o art. 5º da CF de 88 dispunha que “qualquer discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais” deveriam ser punidas e que ao não legislarem sobre a homofobia e transfobia deputados e senadores estariam em mora. Também se pedia que o Supremo estabelecesse um prazo para a criação da norma e enquanto isso, regulamentasse o problema de alguma forma. O julgamento teve início em 13 de fevereiro do corrente ano, nele foram ouvidos os autores dos dois processos, nas duas sessões seguintes, o relator Celso de Mello apresentou o seu voto, alegando que o Congresso não ter legislado sobre o assunto é uma verdadeira omissão, propôs então que não fosse fixado um prazo para que o Congresso legislasse, mas que enquanto essa norma não é criada, se tratasse a homofobia e a transfobia como um tipo de racismo.

Depois de exposto, resumidamente, o conteúdo da decisão observada, decisão essa que foi alvo de muitas críticas, se mostra mister analisar de forma jurídica e aprofundada se a decisão do STF feriu os princípios democráticos ou se foi a postura adequada em decorrência de tantos atos violentos contra a população LGBTQ+, questionamento esse que se buscará responder mais adiante.

4 O ATIVISMO JUDICIAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

O Ativismo Judicial que vem surgindo no Brasil é decorrente da abertura valorativa das constituições, sendo este um termo técnico que define a atuação expansiva do Poder Judiciário. Por outro lado, é importante que se ressalte também a importância da jurisdição constitucional em nosso atual Estado Democrático de Direito como grande colaborador na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, devendo se observar assim, minuciosamente e de maneira imparcial, quando o Judiciário está, ou não, extrapolando sua competência.

Deve se analisar que no caso da criminalização da homofobia no Brasil, em sede do julgamento da ADO 26, se o fenômeno do Ativismo Judicial foi protagonista no processo, analisando-se aqui se o modo que o Supremo Tribunal Federal usou para sanar a omissão legislativa que pairava no julgamento dessa questão trouxe dano a alguns princípios corolários da Democracia, como a Separação de Poderes, o Princípio da Legalidade e da Reserva Legal, ou se o Tribunal estava apenas cumprindo seu papel na judicialização de questões sociais e políticas.

4.1 O Papel da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito

Ao longo da presente pesquisa, muito se falou do Estado Democrático de Direito e de sua importância ao longo da história do Estado como meio de efetivação de direitos e garantias fundamentais, além da importância do constitucionalismo na atual conjuntura em que se vive e todas as transformações que vieram transformando a vida político-social atual. Sabe-se que o processo constitucional surge com o intuito de reafirmar a vontade da Constituição, sendo assim, efetivador do bem comum e do Estado Democrático de Direito.

Nas palavras Zufelato (2011, p. 139) destaca que,

Resta evidente, portanto, que a concepção contemporânea de jurisdição - e por consequência de seu instrumento de efetivação, que é o processo - não é mais aquela segundo a qual os conflitos decididos se restringem a lides intersubjetivas e carentes de relevância política. Na dimensão hodierna o processo é o meio a dar concreção aos anseios de uma sociedade democrática e pluralista, por meio dos direitos fundamentais albergados constitucionalmente, meio esse que deve conviver harmoniosamente com os instrumentos clássicos da democracia, com a tripartição de poderes e a

escolha de representantes políticos por meio do voto, por exemplo.

Canela Junior (2011, p.79-80), analisando a função do Judiciário no Estado Social, afirma que:

A tarefa prevista para o Judiciário no estado liberal estava bem delimitada: aplicar a lei ao caso concreto, evitando a interferência das demais formas de expressão do poder estatal na esfera da liberdade dos cidadãos. Nessa tarefa, os magistrados não deveriam ampliar o alcance da lei, uma vez que a legitimidade constitucional para sua criação e interpretação era do legislador. Os tribunais, por conseguinte, eram reputados legisladores negativos, segundo a concepção Kelseniana. Não se imaginava que o Estado poderia assumir, no futuro, atribuição ativa, destinada a realização material de direitos sequer imaginados na época. Não se concebia, igualmente, que as futuras Constituições, sob a égide do Estado Social, seriam informadas por normas descritivas de programas de atuação estatal, atraindo para o universo jurídico condutas historicamente aneladas à atuação exclusiva do legislador e do administrador. Entretanto, com a inserção das normas programáticas no bojo das constituições, o Poder Judiciário foi chamado a decidir a compatibilidade dos atos comissivos e omissivos das demais formas de expressão do poder estatal, muitas vezes envolvendo a análise dos critérios de escolha do administrador em cotejo com a finalidade do ato administrativo.

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional é muitas vezes questionada, haja vista, não ser o Judiciário um órgão eleito diretamente pelo povo, Canotilho (1998), indo contra esse questionamento, preleciona que o Estado Democrático e Social de Direito por si só já pressupõe a ideia de que deva existir um órgão responsável pelos limites expressos no texto constitucional, passando o Poder Judiciário a ter a função de se fazer cumprir os preceitos constitucionais, que são entendidos como os valores fundamentais da sociedade.

No mesmo sentido, Tavares (2005, p 508) argumenta que,

A falta de uma representatividade originalmente eletiva por parte do Judiciário não impede que se admita a sua legitimação democrática, já que numa democracia complexa, que pretende assegurar não só o governo das maiorias, mas também o respeito às minorias, bem como os direitos e liberdades em geral, são imprescindíveis mecanismos de controle que não necessariamente sejam exercitados por órgãos representativos, mas que, justamente, sejam capacitados por sua dependência.

Vê-se, assim, que o papel da jurisdição constitucional é, em síntese, segundo os ensinamentos de Siqueira Junior (2017), a garantia da Constituição, um meio de controle do povo representado pelo texto constitucional, não por meio de representante eleitos mas sim controlando os atos destes. Por esses motivos, a

jurisdição constitucional é tão compatível com o Estado Democrático de Direito, a medida em que se torna um instrumento de eficácia de seus preceitos, guardando a constituição sem a paixão política.

Importante é também que se estabeleçam limites a essa jurisdição constitucional, como o Princípio da Separação de Poderes leciona, nenhum poder é absoluto, algo contrário disso seria um ato atentatório a democracia, fenômeno que vem sendo chamado de ativismo judicial, criticado por muitos estudiosos, o qual será tratado mais adiante.

Dessa forma, para que os Poderes se fiscalizem e evitem excessividades, existe o sistema de freios e contrapesos, idealizado por Montesquieu, sendo esse sistema uma espécie de controle do poder pelo próprio poder, onde cada um tem autonomia pra exercer suas funções, mas se fiscalizam entre si, evitando assim que ocorram abusos.

Desse modo, é importante que a atuação dos poderes seja harmônica de forma tal que ambos contribuam, á medida que se fiscalizam, com os ideais do estado contemporâneo, evoluindo principalmente em detrimento das questões sociais.

4.2 Aspectos do Ativismo Judicial

Sabe-se que a Separação de Poderes é um dos princípios basilares da nossa Democracia, sendo ele parâmetro normativo para o controle dos atos de qualquer um dos poderes do Estado, havendo de se respeitar o sistema de freios e contrapesos para que arbitrariedades não sejam cometidas. Ou seja, a existência da Separação de Poderes é a principal limitação para o Ativismo Judicial.

Quanto á origem do termo ativismo judicial, Trindade (2016, p. 205) dispõe que,

Como se sabe, a expressão ativismo judicial surge em 1947, em um artigo de Arthur Schlesinger Jr., sob o título *The Supreme Court: 1947*, publicado na revista *Fortune* – que é um conhecido periódico sobre negócios –, no qual se discutia o perfil dos juízes que à época integravam a Suprema Corte, classificando-os como —ativistasll, —campeões da autocontençãoll e —moderadosll.

Segundo Barroso (2012) a expressão ativismo judicial teria nascido nos

Estados Unidos e foi empregada para representar a atuação da Suprema Corte quando seu presidente era Earl Warren, época em que houve uma mudança progressiva em relação a jurisprudência relacionada aos direitos fundamentais, mudança essa que ocorreu sem nenhuma participação do Presidente ou do Congresso, fato que causou aos conservadores um sentido conotativo da expressão. Independente da visão que se tenha, mais progressista ou mais conservadora, o termo está associado a uma maior densidade e amplitude do papel do Judiciário na concretização das vontades constitucionais.

Para elucidar essa maior atuação do judiciário, Barroso (2012, p. 06) cita alguns exemplos,

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Em contrapartida, Barroso (2012, p. 07) também explicita exemplos do que seria o contrário a essa postura, a então chamada ‘autocontenção judicial’,

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais
i)evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e 41 atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

No Direito, o tema Ativismo Judicial diverge muitas opiniões, sendo que muitas delas não são tão positivas como a do ministro Barroso, sendo essa atuação dos Tribunais alvo de muitas críticas, mencionando-se sempre o receio da deturpação de competências e uma possível ofensa a ordem democrática.

Marshall (2002, p. 104) apresenta um conceito mais amplo sobre o tema, mostrando suas várias vertentes e maneiras de exteriorização,

(1) ativismo contramajoritário, quando os tribunais relutantes discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos; (2) ativismo não originalista: quando os tribunais negam o originalismo na interpretação

judicial, desconsiderando as concepções mais estritas do texto legal ou, então, a intenção dos autores da Constituição; (3) ativismo de precedentes: quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes anteriormente estabelecidos; (4) ativismo jurisdicional: quando os tribunais não obedecem os limites formais estabelecidos para sua atuação, violando as competências a eles conferidas; (5) ativismo criativo: quando os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias por meio da doutrina constitucional; (6) ativismo remediador: quando os tribunais usam seu poder para impor obrigações positivas aos outros poderes ou para controlar o cumprimento das medidas impostas; (7) ativismo partidário: quando os tribunais decidem com a finalidade de atingir objetivos nitidamente partidários ou de determinado grupo social. (tradução livre)

Barroso (2012) ao explanar sobre as críticas que o Ativismo Judicial recebe, tenta as dividir em: crítica político-ideológica: resume-se no fato de que juízes e membros de tribunais não são servidores públicos eleitos, o que, em tese, os distancia da vontade popular, sendo assim alvo de várias críticas em relação a democracia.

Crítica quanto a capacidade institucional: essa capacidade preleciona que deve se escolher o poder mais habilitado pra resolver determinado tem que esteja sendo alvo de discordância, indo contra a máxima de que em caso de divergência entre os três poderes a decisão seria do Judiciário.

Por fim, há ainda outra crítica quanto a limitação do debate: dá-se no fato de que no mundo do Judiciário existem linguagem e instrumentos muitas vezes desconhecidos pela população em geral, o que poderia causar uma “apatia social”. Em relação ao Brasil, desde a CF/88, o papel de quem protagoniza o Ativismo Judicial é do STF, sendo ele quem detém o papel de “guardião da constituição” a medida que faz o controle de constitucionalidade das normas, em ações como por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, alvo do presente estudo.

De fato, com a CF/88 o Judiciário teve uma autonomia maior, sendo guardião dessa “constituição cidadã”, texto esse que veio dotado de uma grande vontade de fazer-se cumprir os direitos e garantias fundamentais, em princípios basilares como o da dignidade da pessoa humana.

Barboza (2007) acrescenta que essa expansão do ativismo judicial também amplia o espaço público de debate sobre questões morais e políticas na sociedade, fazendo com que o texto constitucional acompanhe a evolução da sociedade segundo as interpretações do STF. Porém, nem sempre o Ativismo Judicial é visto

com bons olhos, como exemplo, Clarissa Tassinari (2013, p. 421,422), dispõe que:

O problema é que os elementos que Barroso elenca como caracterizadores do ativismo, no atual paradigma constitucional, devem ser inerentes a qualquer juiz no exercício de suas atribuições. Isso porque, nesta quadra da história, já não é nenhuma novidade que o juiz deva mostrar-se preocupado com a aplicação imediata da Constituição, com a realização de um efetivo controle de constitucionalidade e com o cumprimento das finalidades constitucionais.

Geoges Abbouds (2018, p. 1189 – 1191) crítico ferrenho do movimento, lança em seu (nome do livro) algumas premissas:

1) a realização de controle de constitucionalidade das leis não caracteriza, necessariamente, ativismo judicial; 2) do mesmo modo, não é ativismo judicial a atuação contra majoritária do Judiciário para assegurar a proteção dos direitos fundamentais face à sociedade civil ou o próprio Estado; 3) juízes somente podem aplicar o direito mediante atividade interpretativa. Logo, não ser literal não é sinônimo de ativismo judicial. O fato de o juiz não buscar a vontade da lei ou do legislador não caracteriza ativismo. Conforme expusemos no cap. 1, esse é o paradigma contemporâneo de decisão. 4) juiz pode ser ativista exercendo a judicial review ou praticando o self-restraint; 5) ativismo judicial não é questão de ideologia. Ou seja, tanto posturas mais progressistas quanto conservadoras podem ser ativistas. 6) Em termos de validade da decisão, todo ativismo incorrerá em algum tipo de ilegalidade ou inconstitucionalidade. [...] O juiz ativista pode ser o progressista ou o conservador. Para tanto basta que ele deixe de procurar a resposta judicial no direito e a fabrique a partir da sua ideologia. Logo, há juízes ativistas conservadores e progressistas. Por essa razão, inadmitimos qualquer divisão entre bom e mau ativismo. Na realidade, os autores consideram bom ativismo quando a ideologia do juiz é coincidente com seus interesses e mau ativismo o oposto. Ou seja, a questão judicial se transforma em mera disputa política ou ideológica. O conflito judicial se tornou ontologicamente um conflito de ideologia ou visão de mundo.

Diante do exposto, ao analisar-se o caso do julgamento da ADO 26 e do MI 4733, o caso da criminalização da homofobia:

a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para 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, seja por considerar-se,

nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea —dII somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente

Desse modo, faz-se necessário criticar a postura demasiadamente ativista do STF, que ao mesmo tempo que declara que há a necessidade de que o Legislativo elabore a lei, cria um tipo penal ignorando o seu comando anterior, o que, como se verá adiante, foi uma decisão que acabou violando garantias do ordenamento jurídico.

4.3 Da Omissão Legislativa ao Ativismo Judicial na Criminalização da Homofobia

Usando as informações do site do STF, o julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 juntamente com o MI 4733, proposta pelo PPS – Partido Popular Socialista, veio tratar da problemática da necessária criminalização da homofobia, tendo desfecho no dia 13/06/19, a ação ainda contava com o pedido de que o Poder Público fosse responsabilizado civilmente, condenando a União e os Congressistas, em detrimento da omissão legislativa, a indenizar a comunidade LGBT que foram vítimas desse comportamento, mas não obteve êxito nesse quesito.

Ao se analisar a decisão, pode se observar que a problemática da omissão legislativa, já detalhada no presente estudo, foi uma das causas ao chamamento desse ‘ativismo judicial’ onde o STF toma pra si a função que é do órgão legislativo, interpretando os dispositivos normativos.

Não restam dúvidas quanto a intenção da CF de abolir todos os tipos de discriminação, máxima que se pode observar no mandamento constitucional contido no inciso XLI, do artigo 5º que diz que ‘a lei punirá qualquer discriminação

atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Por outro lado, se observa a gritante vontade do Congresso em não legislar sobre o tema, nem o aprovando e nem o vetando, mas usando artimanhas para se abster da discussão do caso, como exemplo, tem-se o Projeto de Lei 5.003/2001 da Deputada Federal Iara Bernardi, o qual o objetivo era justamente a regulamentação dos crimes cometidos resultantes da discriminação ou preconceito de gênero, sexo, etc, sendo aprovado após 5 anos de discussão na referida Casa Legislativa.

Tendo o projeto passado para o Senado Federal, e lá ter sido convertido no Projeto de Lei n.º 122/2006, porém, o referido projeto ficou em tramitação durante oito anos, ou seja, duas legislaturas, sem indícios de qualquer movimentação, resultando em seu arquivamento automático.

O Min. Celso de Mello, ao emitir sua opinião sobre a tática do Senado, elucida que,

Essa medida sofreu a oposição de parlamentares, contrários ao adimplemento das já referidas cláusulas constitucionais de incriminação, da homofobia e da transfobia, circunstância essa que os levou, em clara manobra protelatória, destinada a frustrar a tramitação legislativa do projeto de lei que tipificava crimes contra a comunidade LGBT, que importou na anexação do projeto em questão (PL da Câmara n.º 122/2006) ao de instituição do Novo Código Penal brasileiro (PL do Senado n.º 236/2012), criando, desse modo, evidente embaraço e retardamento na apreciação do projeto apresentado pela Deputada Federal Iara Bernardi (PLC n.º 5.003/2001, que se converteu, no Senado, no PL n.º 122/2006)
STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N.º 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello.

Atualmente, o PLS n.º 122/2006 se encontra vinculado ao PLS n.º 236/2012, porém sem apreciação concluída pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. Resumindo, o Projeto de Lei n.º 5.003/2001, proposto há mais de 17 (dezessete) anos pela Deputada Federal Iara Bernardi, ainda não surtiu nenhum efeito.

É importante ressaltar que essa omissão não parte daí, ora vejamos, se a CF/88 já incluía o mandamento de que todas as práticas discriminatórias deveriam ser abolidas, não estariam desde então os legisladores sendo omissivos ao não criarem dispositivos que repelisses tal ato? Conclui-se então, que em detrimento dos fatos expostos, resta comprovada a omissão legislativa do Congresso Nacional nesse condão.

A partir dessa problemática, deve-se analisar então o papel do STF diante de

tal situação, se o Tribunal teria ou não competência para atuar por meio de decisão judicial como legislador e tipificar delitos.

Como já mencionado na presente pesquisa, o sistema de freios e contrapesos idealizado por Montesquieu, nasce com a prerrogativa de fixar funções típicas e atípicas para cada um dos poderes, evitando assim que abusos sejam cometidos, assim como arbitrariedades ou atuações excessivas, não configurando abuso ao Princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º). Desse modo, como já exposto anteriormente, é permitido que o STF atue como legislador (positivo ou negativo) com o intuito de preservar a rigidez do texto constitucional.

Vale ressaltar aqui, resumidamente, os conceitos de legislador positivo e negativo. Segundo Barroso (2012) o STF atua como legislador negativo quando, por meio do controle de constitucionalidade, declara a inconstitucionalidade da lei, por outro lado, atua como legislador ativo quando inova no ordenamento jurídico criando norma.

De acordo com as lições de Greco (2015), o julgador, ao deparar-se com o caso de omissão legislativa deverá usar um método integrativo do Direito que é analogia, porém, na seara penal, esse método só poderá ser usado em casos em que seu uso não venha a causar prejuízos ao réu, analogia chamada de *in bonam partem*.

É sabido, portanto, que no presente caso o PPS pediu que o STF agisse como um legislador positivo, chamando a atenção do Congresso Nacional para a legislação de uma norma que protegesse os direitos da comunidade LGBT e aplicasse analogicamente a Lei do Racismo (Lei n.º 7.716/89) enquanto esse defeito não fosse sanado.

Importante ressaltar aqui que o conceito de racismo sofreu uma mudança nos últimos tempos, não estando mais ligado a concepção de que os seres humanos seriam divididos em ‘raças’ ideia já refutada pela ciência, como afirma Sérgio Pena (2005),

O conceito de raça é carregado de ideologia e sempre traz consigo algo não explicitado: a relação de poder e dominação (Munanga, 2004). Assim, o conceito social de raça é ‘tóxico’, como nos ensina o sociólogo Paul Gilroy (2000), ‘contamina’ a sociedade e tem sido usado para oprimir e fomentar injustiças, mesmo dentro do contexto médico. As raças existem porque estão dentro das cabeças das pessoas, não estão dentro da cabeça das pessoas porque existem (Kaufman, 1999). Como disse Munanga (2004), é a partir dessas raças fictícias ou ‘raças sociais’ que se reproduzem e se

mantêm os racismos populares (Munanga, 2004). Assim, na nossa opinião, a medicina brasileira teria muito a ganhar, e pouco ou nada a perder, banindo de seus cânones o conceito de ‘raça’.

Nota-se, então, que o termo ‘racismo’ vem adotando um significado político social, significando a discriminação de um grupo sob outro, sem que isso signifique apenas diferenças de cor de pele, mas perpassando por muito mais tipos de preconceitos. (BOBBIO, 2002).

Sobre o tema, em defesa da ideia de que a homofobia e afins adentravam no conceito de racismo, o Min. Celso de Mello, na relatoria da ADO n.º 26/DF, dispôs:

A Constituição Federal de 1988 e todos os documentos internacionais destinados a promover a eliminação de quaisquer formas, sempre odiosas, de discriminação racial, reconheceram, tal como proclamado pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura, na Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (1978), —a unidade intrínseca da espécie humana e, por conseguinte, a igualdade fundamental de todos os seres humanos e de todos os povosll, afirmando, com irrecusável correção, que —Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origemll, pois —Nascem iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidadell, razão pela qual —a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem, em nenhum caso, servir de pretexto aos preconceitos raciaisll, mesmo porque as diferenças entre os povos do mundo não justificam qualquer classificação hierárquica entre as nações e as pessoas.
STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N.º 26/DF. Relator: Ministro Celso de Mello

Um dos resultados dessa evolução de pensamento é a possibilidade de agora o racismo comportar outras espécies de discriminação, o que fundamentou o pedido do Partido Popular Socialista na presente ação estudada.

Voltando a problemática da atuação do STF como legislador positivo, importante lembrar de dois princípios já mencionados no presente estudo da seara penal, quais são estes o Princípio da Legalidade e o Princípio da Reserva Legal, os quais preceituam que ‘não haverá crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal’, encontrados no art. 5º, inciso XXXIX e no art. 1º do Código Penal.

Nas palavras de Capez (2018, p. 104),

O princípio da legalidade, no campo penal, corresponde a uma aspiração básica e fundamental do homem, qual seja, a de ter uma proteção contra qualquer forma de tirania e arbítrio dos detentores do exercício do poder, capaz de lhe garantir a convivência em sociedade, sem o risco de ter a sua liberdade cerceada pelo Estado, a não ser nas hipóteses previamente

estabelecidas em regras gerais, abstratas e impessoais.

Diante do exposto, resta confirmado que a homofobia, diante da evolução do termo Racismo, pode ser englobada no termo, configurado como discriminação de um grupo sobre outro, resta, analisar, a atuação do STF na seara penal e suas consequências jurídicas.

4.4 Interpretação Extensiva e Interpretação Analógica

Para se chegar a uma conclusão á cerca da postura do STF em relação a criminalização da homofobia, é preciso atentar para a forma de interpretação que o colegiado usou na resolução do caso.

Por um lado, os Min. Celso de Mello, Alexandre de Moraes e Edson Fachin, defendem a ideia de que o STF teria se valido da interpretação extensiva para a resolução do caso, sendo a interpretação extensiva, segundo os ensinamentos de Guilherme Nucci (2015) a interpretação que amplia o conteúdo da lei, quando essa disse menos do que deveria, ou seja, ela atrai o autêntico significado da norma, sendo essa hipótese de interpretação admitida tanto quando beneficie e tanto quando prejudique o réu. Noronha (1973, p. 70), ao diferenciar as duas interpretações, aduz: “a interpretação extensiva tem o escopo de apurar a vontade da lei, enquanto que a analogia supre essa vontade, o que vale dizer que essa não existe“.

Greco (2015, p. 90) sobre a interpretação analógica: “ interpretação analógica quer dizer que a uma fórmula casuística, que servirá de norte ao exegeta, segue-se uma fórmula genérica. Mas, vale ressaltar que a interpretação analógica é terminantemente proibida nos casos em que cause malefícios ao réu, pois seria um fato não definido na lei como crime sendo tido como tal.

Diante de uma profunda discussão teórica, restaram-se comprovadas que a interpretação do STF no recente julgamento não foi a extensiva, interpretação essa que diz que o legislador teria dito “o menos“, sendo incabível que no crime de Racismo, uma conduta seja “menos“ ou “mais“ que outra, sendo todas altamente discriminatórias e prejudiciais a dignidade da pessoa humana.

A conduta do STF mais aproximou-se de uma conduta usando a interpretação analógica, por ter se usado justamente a tática de suprir lacunas na lei, onde se aplica uma norma existente há um caso semelhante que não tem previsão legal.

Como na tipificação da homofobia essa interpretação causou, claramente, malefício ao réu, pois incorre em pena privativa de liberdade dentre outras sanções, é inconcebível que se adote essa postura, pois se configura dano ao Princípio da Legalidade e da Reserva Legal, que também são caros á democracia.

Cabe ao STF assim como ao Executivo, o Judiciário no geral e a sociedade que se coloque pressão no Congresso Nacional para que este pare com o comportamento omissivo de evitar debater assuntos tão caros a sociedade e aos direitos e garantias fundamentais, como a discriminação a homossexuais, transexuais e transgêneros, garantindo o respeito e um governo não só para maiorias, mas para minorias também, e que essa evolução social ocorra de uma forma que não ofereça um risco a ordem democrática e nem lance precedentes perigosos, como a permissão de que os juízes ultrapassem princípios e decidam conforme suas convicções pessoais, afetando assim a segurança jurídica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Ativismo Judicial vem crescendo rapidamente no ordenamento jurídico brasileiro, dessa forma, de um lado o STF vem tendo um protagonismo que muitas vezes se torna excessivo enquanto do outro, o Congresso Nacional incorre em mora legislativa, estando assim, os dois poderes em dissonância com a Constituição Federal e com os valores preceituados pela ordem democrática. Concernente a isso, o caso da criminalização da homofobia muito nos diz sobre esse fenômeno que vem ocorrendo atualmente.

Dessa forma, faz se importante analisar, sob uma perspectiva jurídico-constitucional, a atuação do STF na criminalização da homofobia, aplicando, por meio da analogia, a Lei n.º 7.716/89 (Lei de Racismo).

Para isso, foi necessário o cumprimento dos seguintes objetivos específicos: analisar, num contexto histórico evolutivo, se havia, de fato, omissão do Congresso Nacional no julgamento da criminalização da homofobia e discorrer sobre o erro do STF em usar a interpretação analógica *in malam partem*.

Com o estudo apurado na temática percebeu-se que a omissão do Congresso Nacional que ainda incorre em mora, fato comprovado diante da informação que há mais de trinta anos este vem se esquivando de legislar sobre todos os tipos de discriminação, indo contra o mandamento constitucional do art. 5º incisos XLI e XLII, estando ai cumpridos os dois requisitos para configurar a omissão constitucional, sendo eles: a inércia congressual e a exigência de mandamento constitucional de legislar sobre a matéria.

Verificou-se também que após declarações científicas e sociológicas sobre o tema, entra-se num consenso de que o conceito de “raça” em se tratando de cor de pele é um grande equívoco, não estando os seres humanos divididos de forma alguma, adquirindo o termo um novo significado: racismo é a discriminação de um grupo sob outro, o que, certamente, engloba o caso da homofobia.

Observou-se que o STF agiu de forma equivocada, atentando-se ao fato de que na seara penal, a função atípica de legislar do Supremo deve ser freada pelo Princípio da Legalidade e da Reserva Legal. Além disso, deve-se atentar ao fato de que a interpretação analógica que tem o objetivo de apurar a vontade da lei, em matéria penal, é terminantemente proibida quando danosa ao réu, configurando analogia *in malam partem*, o que não é permitido no âmbito do Direito Penal.

Desse modo, conclui-se que há, de fato, omissão legislativa do Congresso Nacional no caso da homofobia, indo contra a vontade da CF/88 de penalizar qualquer tipo de ato discriminatório, gerando o alerta de que as estruturas políticas do país devem trazer à pauta as questões que tratam dos direitos das minorias. Porém, constata-se que a posição do STF não foi a correta, resultando esse poder quase ilimitado em quebras ao texto da própria Constituição Federal, o que se torna extremamente gravoso numa democracia frágil como a do Brasil.

As dificuldades encontradas na realização da pesquisa se concentraram nas muitas opiniões divergentes, sejam em doutrinas, sejam nas decisões judiciais, o que, evidencia ainda mais a insegurança jurídica que vem cominando em relação ao assunto.

No mais, os objetivos da pesquisa foram alcançados através de leituras interligadas não só no ramo de Constitucional, mas também em Penal, além de terem sido observadas jurisprudências, projetos de leis, depoimentos de estudiosos do assunto e observância de alguns casos concretos que envolvem a temática.

Por fim, resta salientar, que o estudo ainda precisa ser mais aprofundado, na busca de mecanismos efetivos no combate da omissão legislativa, sem que, para isso, precise ocorrer um desrespeito as funções de cada um dos Poderes e nem por em risco os valores democráticos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. - 2 ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

ALEXANDRINO, Vicente Paulo Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 1 ed. São Paulo: Método, 2019.

AZEVEDO, Márcia Maria Corrêa de. **Prática do processo legislativo: jogo parlamentar: fluxo de poder e idéias no congresso: exemplos e momentos comentados**. – São Paulo: Atlas, 2001.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARIFOUSE, Rafael. **STF aprova a criminalização da homofobia**. Disponível em: bbc.com/portuguese/brasil-47206924/ Acesso em 19 nov. 2019.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019

BARROSO, L. R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade**. Ed. 3, Unesp: São Paulo, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

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

BRASIL. **Lei Ordinária nº 7716, de 05 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1989/lei-7716-5-janeiro-1989-356354-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. **Mandado de Injunção. EMENTA. MI 4733**. Relator ministro Edson Fachin, Brasília, 10 de maio de 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>. Acesso em: 19 fev. 2019.

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**. 1 ed. São Paulo; Saraiva, 2015.

CANELA, Osvaldo Junior. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo, Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120) / Fernando Capez. — 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011. 1. Direito penal I. Título. 10-, p. 57

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 22ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador, BA: Juspodivm, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: AbrilCultural, 1983. Col. Os Pensadores.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARSHALL, William P., **Conservatism and the seven signs of judicial activism**. University of Colorado Law Review, Chapel Hill, n. 73, 2002.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. - 12 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. - 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 9 ed. Coimbra: Coimbra. 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. – 4.ed. – São Paulo: Atlas S.A., 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1973.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PENA, Sérgio D. J. **Razões para banir o conceito de raça da medicina brasileira**. Dossiê: raça, genética, identidades e saúde, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v12n2/05.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

PINHO, R. C. R. **Organização do estado, dos poderes e histórico das constituições**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

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

SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de Controle de Constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIQUEIRA, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público, Controle de Constitucionalidade, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. **ADO 26**. Relator ministro Celso de Mello, Brasília, 2019. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053 Acesso em: 19, fev. 2019.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEMER Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

TRINDADE, João Cavalcante Filho. **Processo Legislativo Constitucional**. - 3. ed. - São Paulo: Juspodvim., 2017.

TRINDADE, Andre Karam. O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 32, p. 203- 228, 2016. Disponível em:
<<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/5228707a14ead7cb9d5af6807642fb7c.pdf>>
Acesso em 15 nov. 2019.

WATANABE, Kazuo (Coords.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZUFELATO, Camilo. **Controle judicial de medidas públicas mediante ações coletivas e individuais**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; 2011.