

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-085-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

A pandemia do novo coronavírus exigiu de todos nós, neste ano de 2020, adaptação. Com o CONPEDI, não foi diferente. Precisamos nos reinventar e transformar o contato físico em virtual. O Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito entrará para a história como o primeiro evento a reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”, na tarde do dia 29 de junho de 2020.

O artigo de Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes, intitulado “A NECESSIDADE DE REFORMA CONSTITUCIONAL DOS PRECEITOS APLICÁVEIS AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA” aborda os crimes contra a ordem tributária e as disposições específicas relacionadas ao Direito Tributário na Constituição do Brasil de 1988, atendo-se ao atual modelo neoconstitucionalista.

José Antonio Remedio, Davi Pereira Remedio e Wagner Rogério De Almeida Marchi abordam a efetivação do direito à saúde na esfera dos presídios brasileiros no artigo “O DIREITO À SAÚDE DOS DETENTOS NO ÂMBITO DOS PRESÍDIOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO”.

Por sua vez, o artigo “O MÉTODO APAC DIANTE DO PRINCÍPIO DA HUMANIDADE”, de autoria de Matheus de Araújo Alves e Jorge Heleno Costa, analisa o surgimento das APACs como uma alternativa ao sistema prisional convencional, focado na pessoa humana e pautado em direitos fundamentais.

O artigo de Airto Chaves Junior – “PROTEÇÃO PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DUAS CRÍTICAS” – salienta que a Saúde Pública é um bem aparentemente falso para figurar como objeto de tutela penal e que há desproporcionalidade na resposta do Estado para esses delitos, cominando-se penas diferentes para fatos semelhantes e penas mais rigorosas para fatos de menor (ou nenhuma) danosidade social.

Por seu turno, sob o título “VERDADES IMPROVÁVEIS: DISTORÇÕES DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS HOMICÍDIO PELA POLÍCIA EM SERVIÇO”, Diogo José da Silva Flora destaca que os procedimentos judiciais inaugurados pela comunicação do crime de homicídio decorrente de intervenção policial, popularmente denominados autos de resistência, demonstram um tipo de imputação peculiar, particularmente frágil e sem mecanismos de controle de erros judiciais, a que se atribui uma distribuição de responsabilidades criminais incompatíveis com os fatos apuráveis.

No artigo “UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PROJETO DE LEI “ANTICRIME”: É POSSÍVEL RESSIGNIFICAR UMA MUDANÇA NA FORMA DE CONCEBER O CRIME E AS RESPOSTAS A ELE?”, Cristian Kiefer Da Silva apresenta reflexões críticas sobre o projeto de lei “anticrime”, destacando, primordialmente, que diante do populismo penal, de uma lei “ultrapunitivista” e de um pacote de profilaxias, a proposta ostenta um endurecimento da legislação penal e a diminuição das garantias processuais dos réus.

Em suas “NOTAS ACERCA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA”, Rodrigo Lima e Silva e Victor Américo Alves de Freitas empreendem uma análise crítica da colaboração premiada e dos institutos que gravitam em seu entorno, de forma a permitir uma melhor compreensão do tema, não só a partir do ordenamento jurídico brasileiro, mas também do contexto estadunidense e alemão.

Ana Lúcia Tavares Ferreira, no artigo “INDULTO PRESIDENCIAL E SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATRIBUIÇÃO DE GRAÇA” aborda o uso da graça coletiva como instrumento governamental de política criminal para a redução da população carcerária em situações de superpopulação prisional.

No texto intitulado “PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA, ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43”, Witan Silva Barros e Mellina Lopes Corrêa Gueiros abordam o princípio de presunção de inocência, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 perante o Supremo Tribunal Federal, o qual assentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Rafael Silva de Almeida, no artigo “PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NO PROCESSO PENAL: A SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”, salienta que a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admite a condenação no processo penal quando a prova oral produzida seja exclusivamente composta pelo depoimento de agentes policiais, propondo uma abordagem

alternativa do valor da prova oral policial sem preconceções que permita avaliar sua credibilidade nos casos concretos.

Em “OLHOS QUE CONDENAM: PRECONCEITO RACIAL, SELETIVIDADE PUNITIVA E RELEVÂNCIA DO ESTADO DE INOCÊNCIA”, Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro, a partir da repercussão da minissérie “Olhos que condenam”, analisam como o preconceito racial influencia a seletividade punitiva.

O artigo “O TRÂNSITO EM JULGADO DAS AÇÕES PENAIS: SOBRE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, EXECUÇÃO (PROVISÓRIA) DA PENA E OS SEUS REFLEXOS NO ENCARCERAMENTO EM MASSA BRASILEIRO”, de Caroline Previato Souza e Gustavo Noronha de Avila, com base na Presunção de Inocência, avalia as consequências de sua inaplicabilidade e como seus reflexos contribuem para o número crescente de presos provisórios e para o aumento do encarceramento em massa no Brasil.

Por sua vez, o artigo de Cláudia da Rocha e Elve Miguel Cenci – “O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAL E ADMINISTRATIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS” - avalia as implicações da concepção de independência de instâncias no que se refere à possibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais para o mesmo fato, sob a perspectiva do princípio do ne bis in idem, a fim de demonstrar que, no campo dos crimes tributários, há uma administrativização do Direito Penal, que deixa de ser aplicado como ultima ratio e passa a assumir a função de braço de apoio da Administração.

“O ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA”, de autoria de Bruno Dadalto Bellini e Sergio De Oliveira Medici, discute o tema da Justiça Penal Consensual, a qual, no entender dos autores, propicia o restabelecimento da pacificação social, fomentando um maior índice de cumprimento da pena.

No artigo intitulado “DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: A SEGREGAÇÃO COMO MEIO DE COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER”, Mell Mota Cardoso Conte e Murilo Justino Barcelos discutem a necessidade da segregação nos casos de descumprimento de Medidas Protetivas no âmbito da Violência Doméstica contra a mulher.

Roger Lopes da Silva avalia a viabilidade da aplicação do acordo de não persecução penal estabelecido no artigo 28-A do Código de Processo Penal nos crimes de organização criminosa no âmbito do artigo intitulado “O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA”.

Ythalo Frota Loureiro, por sua vez, aborda a adoção, pela legislação brasileira, do “Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (femicídio/feminicídio)” no artigo “FEMINICÍDIO E SEUS PROTOCOLOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”

O texto “LEI Nº 13.968/19: REFLEXÕES ACERCA DO CRIME DE INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO OU À AUTOMUTILAÇÃO”, de Thiago Gomes Viana, analisa as profundas alterações promovidas pela Lei nº 13.968/19 no art. 122, do Código Penal brasileiro, explorando os conceitos relativos ao suicídio e à automutilação, bem como os dados empíricos de sua ocorrência.

O texto “DO POSITIVISMO À SOCIOLOGIA DO BEM JURÍDICO PENAL: UMA ATUALIZAÇÃO CENTRADA NA CONSTRUÇÃO DA ORDEM PÚBLICA FUNDADA EM UMA DIMENSÃO CIDADÃ ATIVA”, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Davi Uruçu Rego, propõe uma melhor configuração teórica do que seja um bem jurídico penal que, em razão de tal qualidade, seja merecedor de proteção através do sistema formal de controle social e, por via de consequência, pelo Direito Penal.

Carlos Henrique Meneghel De Almeida e Daniel Ferreira De Melo Belchior, no artigo intitulado “QUESTÃO DE PROVA: O DIREITO PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL”, analisam como se comporta o direito probatório nas ações autônomas de impugnação de habeas corpus e de mandado de segurança contra ato judicial no processo penal.

O artigo “ATIVISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO ADO 26 E MI 4733”, de Amanda Greff Escobar e Willde Pereira Sobral, debruça-se sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, sobre a criminalização da homofobia no Brasil, avaliando a expansão da atuação judicial frente às disposições da Constituição Federal de 1988 e confrontando a decisão judicial e o princípio constitucional da legalidade estrita (reserva legal), de observância obrigatória na criminalização de condutas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

“AS TEORIAS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA RESPOSTA SEGUNDO AS CONJECTURAS DO DIREITO PENALLIBERTÁRIO”, escrito por Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa qual teoria das finalidades da pena é mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo a ótica do Direito Penal Libertário.

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo e Luciana Silva Ramalho, em “CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO”, discutem o cabimento ou não do instituto da detração penal nos casos de condenações finais a penas restritivas de direitos de réus que permaneceram todo o processo ou até mesmo parte dele em liberdade, porém cumprindo cautelares alternativas.

“A EXCLUSÃO DA ILICITUDE E OS LIMITES DA DISPOSIÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA NA ATIVIDADE DE DESPORTO”, de autoria de Lya Maria de Loiola Melo, Lia Mara Silva Alves e Francisco Clayton Brito Junior, questiona os limites da renúncia à integridade física no contexto desportivo.

Dani Rudnicki e Ana Carolina da Luz Proença realizam uma reflexão sobre a sexualidade e a importância da visita íntima no sistema prisional, discorrendo sobre a relação entre as mulheres visitantes, seus companheiros e a instituição prisional, no artigo “A SEXUALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL: VISITA ÍNTIMA NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE”.

Por fim, no artigo “A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL” Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes refletem sobre como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na persecução penal de crimes contra a ordem tributária, estabelecendo-se critérios e procedimentos específicos.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso De Jesus – CEUMA/UEMA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**ATIVISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL:
UMA ANÁLISE DO CASO ADO 26 E MI 4733**

**JUDICIAL ACTIVISM AND THE CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA IN
BRAZIL: AN ANALYSIS OF THE CASE ADO 26 AND MI 4733**

**Amanda Greff Escobar ¹
Wilde Pereira Sobral ²**

Resumo

O artigo analisa a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, sobre a criminalização da homofobia no Brasil. Avalia a expansão da atuação judicial frente às disposições da Constituição Federal de 1988. Confronta a decisão judicial e o princípio constitucional da legalidade estrita (reserva legal), de observância obrigatória na criminalização de condutas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Aplica metodologia histórica e comparativa, utilizando-se de dados e análise legislativa.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Princípio da legalidade, Ativismo judicial, Constituição federal de 1988, Criminalização

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the decision of the Federal Supreme Court, in the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality for Omission 26 and the injunction 4733, the criminalization of homophobia and transphobia in Brazil. It evaluates the expansion of judicial action against the provisions of the Federal Constitution of 1988. It evaluates the decision and principle of strict legality in the criminalization of conduct by the Brazilian legal system. It applies historical and comparative methodology, using data and legislative analysis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Strict legality, Judicial activism, Federal constitution, Criminalization

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Civil pela PUC/MG. Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes. Advogada. E-mail: amandagreff@hotmail.com.

² Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Servidora Pública. E-mail: willdeps@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é tema bastante debatido na atualidade, sobretudo quando se relaciona com questões centrais do Estado Democrático de Direito. Debate-se até que ponto o Poder Judiciário poderia intervir na esfera de atuação dos demais poderes, sem que sua postura represente riscos à democracia. No Brasil, em específico, é possível apontar traços desse ativismo nas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, analisadas dentro da perspectiva do constitucionalismo contemporâneo.

Não se contesta a relevância da atuação do Poder Judiciário no que se refere à proteção de direitos individuais e coletivos negligenciados pelos Poderes Públicos. Importa verificar, no entanto, se a expansão desta atividade tem respaldo democrático, porquanto pode representar uma invasão indevida na esfera de atuação dos demais poderes ou até mesmo violações à segurança jurídica, separação de poderes e à democracia.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) de nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, finalizado em junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a mora inconstitucional do Congresso Nacional em editar a lei que criminalizasse a homofobia e a transfobia no Brasil, deu interpretação conforme à Constituição para enquadrá-las nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, que criminaliza as discriminações decorrentes de raça e cor.

A decisão de procedência das ações revela-se como singular dentro do contexto de discriminação e violência ao qual é submetida a comunidade LGBT no Brasil. Embora necessária, a decisão do STF incluiu no âmbito da Lei nº 7.716/89 o racismo social, ampliando a extensão da norma incriminadora, em violação ao princípio da legalidade estrita, que reserva à lei a criação de tipos penais no Brasil, podendo ser reconhecida como ativista.

Nesta perspectiva, o primeiro capítulo trata das origens do constitucionalismo democrático, intimamente ligadas ao fenômeno do ativismo judicial. Analisa, também, a atuação do Poder Judiciário na realização de direitos fundamentais, utilizando de métodos interpretativos para suas decisões.

O segundo capítulo trata dos marcos teóricos para o fenômeno do ativismo judicial, especialmente a atuação protagonista do Poder Judiciário após o marco filosófico do pós-positivista, marcados por constituições abertas e por uma nova hermenêutica constitucional.

O terceiro capítulo, de forma específica, analisa a recente criminalização da homofobia e da transfobia como racismo, por decisão do Supremo Tribunal Federal, sem edição de lei

específica no caso. Apresenta os aportes da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) de nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, julgadas procedentes em junho de 2019, com reconhecimento da mora do Poder Legislativo na edição de lei específica para o caso.

Aplica metodologia histórica e comparativa, utilizando-se de dados e análise legislativa, bem como dados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após as revoluções liberais do séc. XIII, a evolução do constitucionalismo moderno apontou o Estado Liberal, com bases na experiência inglesa (1779), na declaração de independência das 13 colônias norte-americanas (1787) e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França (1789). A Constituição formal (jurídica), nesta perspectiva, destinava-se à preservação das liberdades individuais e delimitava uma área de não intervenção do Estado.¹

A fase moderna do constitucionalismo foi marcada pelo reconhecimento de direitos civis e políticos, tendo as Constituições formais um forte marco individualista. Foram consagrados direitos expressivos à vida humana, como liberdade, igualdade e propriedade, além dos direitos de expressão coletiva e participação política relacionados à democracia. (SARLET, 2017).

A atuação do Poder Judiciário, neste período, era restrita à mera interpretação da lei, sem facultar ao Magistrado uma maior hermenêutica ou quaisquer outros critérios valorativos. Pautava-as pela aplicação de critérios meramente objetivos, sendo a Constituição uma lei como as outras que integravam o ordenamento jurídico. (LEAL; ALVES, 2015).

Registre-se, no entanto, que os direitos de defesa implementados pelo Estado Liberal não implicam na ausência de intervenção do Juiz, já que o legislador não poderá assumir, isoladamente, o dever de implementação dos direitos fundamentais. Neste contexto, o judicial review é mecanismo de repressão a violações perpetradas pelo modelo liberal. (TAVARES, 2012).

¹ Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p.33) recorda que, “ embora as grandes revoluções tenham demarcado o constitucionalismo moderno, seu surgimento e até mesmo a noção de constituição jurídica remontam à Antiguidade e à Idade Média. Em seu curso de Direito Constitucional, aponta que a utilização do termo constituição nos escritos políticos da Antiguidade e mesmo na fase seguinte, do Medievo, costumava designar um modo de organização política ideal da sociedade, como dão conta as obras do próprio Aristóteles, mas especificamente a ficção da *República*, de Platão, a *Cidade de Deus*, de Agostinho, entre outras.”

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, a Constituição ganhou novos contornos, estabelecendo programas políticos e um novo paradigma social. Houve, nesta época, reconhecimento de direitos sociais indispensáveis para vida humana, atrelados à saúde, educação, assistencial social, trabalho, conforme registro de Leal e Alves (2015, p.36) “é neste momento que o protagonismo do Legislativo outorgará espaço à atuação do Executivo, o braço de execução das políticas sociais e econômicas.”

Recordam Bello, Bercovici e Lima que:

Desde o ingresso do Brasil no chamado “constitucionalismo social”, ainda com a promulgação da Constituição de 1934, há a presença constante de parcela da doutrina jurídica que tenta deslegitimar a todo tempo o conteúdo social e econômico do texto constitucional, utilizando para tanto a persistente categoria de “norma programática”. Essa parcela da doutrina continua reforçando o distanciamento entre a Constituição e as políticas sociais ou de ampliação de direitos, ao definir, em sua imensa maioria, os direitos sociais como “normas programáticas”, ou seja, não como direitos, mas como meras intenções políticas ou ideológicas. (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1774).

A mudança na forma de Estado trouxe impactos diretos na atuação do Poder Judiciário, abandonando o Juiz a figura de intérprete da lei e assumindo papel proativo na busca pela realização integral de direitos e transformação social. O constitucionalismo deste período demandou uma ação judicial para concretização de direitos negligenciados pelo Poder Público, motivando uma grande expansão da judicialização.

A Constituições contemporâneas, marcadas pelo pós-guerra, a exemplo das constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976) e Espanha (1978), reconheceram um núcleo essencial de direitos, atrelado à dignidade da pessoa humana. Ergueu-se um constitucionalismo comprometido com a mudança social, permitindo uma conjugação entre o normativo e a realidade. (TAVARES, 2006).

Como síntese do processo dialético do mundo contemporâneo, agregando valores do Estado Liberal e do Estado Social, surge o Estado Democrático de Direito. A crise do Estado Social de Direito, motivada, sobretudo, pelo excesso de produção e globalização, fez surgir uma nova dimensão de direitos ligados à fraternidade e solidariedade.

Reservou à Constituição um valor central de todo o sistema jurídico, não apenas como reguladora de poderes políticos. O Estado Democrático trouxe a positivação tanto dos direitos de defesa quanto dos direitos sociais, conforme paradigma apresentado pela Constituição Portuguesa de 1976.

O *neoconstitucionalismo* é apontado como esta nova fase do constitucionalismo, indicando Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p.343) que os direitos fundamentais deste momento

foram “os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.”

As Constituições deste período são marcadas por direitos fundamentais, cabendo ao Poder Judiciário atuação específica na implementação no caso de omissão do Poder Público. A efetividade constitucional é característica do Constitucionalismo Democrático, recordando Leal e Alves (2015, p.27) que “Jurisdição Constitucional, Estado e Constituição percorrem juntos o caminho traçado por grande parte das civilizações ocidentais modernas.”

Houve a abertura do conteúdo constitucional, com a formação de uma nova cultura direcionada para concretização de direitos, aproximando as normas constitucionais dos problemas concretos. Para Silva e Neto (2016, p. 19), essa cultura constitucional pode ser definida por “I) preservar a “vontade de constituição”; II) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; III) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional.²”

Sobre o constitucionalismo brasileiro e formação da cultura constitucional do país, Silva e Neto aponta sua formação tardia, fruto de um contexto de ineficácia dos regramentos constitucionais, registrando que:

Tem-se, quando muito, um esboço, um propósito da indigitada constitucionalização, que se confirmará, no tempo, desde que se entenda que a consciência constitucional e o seu consectário – a constitucionalização do direito – estão muito longe do nosso alcance, a exigir esforços sinceros em prol de sua real e concreta efetivação. (SILVA E NETO, 2016, p. 23)

O desenvolvimento da Justiça Constitucional propiciou o surgimento de um modelo em que o Juiz se torna protagonista na concretização de direitos. No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito destinado à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, à garantia o desenvolvimento nacional, à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a à redução as desigualdades sociais e regionais.

O Constitucionalismo Democrático tem como foco a preservação dos direitos fundamentais indispensáveis para a dignidade humana, destacando Leal e Alves (2015, p.47)

² Para o autor (2016, p.20) Aqui, o movimento é muito mais a eloquente constatação do desprestígio do Poder Legislativo brasileiro (diante de sua dissonância das aspirações da coletividade) e da oportunista percepção de que o Texto Constitucional pode libertar o aplicador do direito do jugo omissivo e irresponsável do legislador, ou, ainda, libertá-lo do império de normas que reputa injustas para, com suposto fundamento nos princípios constitucionais, promover a dicção do direito à sua moda, delineando a figura do ativismo judicial.

que “transcorreu assim a alteração da concepção do individualismo para o coletivismo, ou seja, de um pensamento individualista para um pensamento comunitário, sucedendo como características o pluralismo e a solidariedade[...]”

A Constituição de 1988 preocupou-se com a efetividade dos direitos fundamentais e seu papel na transformação da sociedade. Estabeleceu que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização, a redução as desigualdades sociais e regionais, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A abertura democrática inaugurada pela Constituição Cidadã, com atenção especial para a concretização dos direitos fundamentais, amplia a atuação do Poder Judiciário para efetividade das normas constitucionais, registrando Rodrigues (2015, p.100) “ que, sem a base democrática, estaria a jurisdição constitucional correndo o risco de cair nas mãos de oportunistas no poder, transformando-a em instrumento de dominação”.

Por envolver debates sobre a relação entre os poderes constituídos, importa analisar, então, a perspectiva em que será legítima a realização destes direitos pela via judicial, sob pena de violação das bases do próprio Estado de Direito e da democracia.

3. PÓS-POSITIVISMO E PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO

A redemocratização do país e custo político de decisões significativas para a sociedade representaram, no Brasil, um fator de ascensão do Poder Judiciário como garantidor de direitos individuais e coletivos. Nota-se, no entanto, que o fenômeno vem despertando um profundo debate sobre legitimidade das decisões apontadas como ativistas, especialmente no que se refere à correlação com princípio democrático.

Sobre sua origem histórica, aponta Barroso que:

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973). (BARROSO, 2012, p. 26).

O pós-positivismo principialista é o fundamento filosófico do fenômeno. Reconheceu princípios e as regras como normas jurídicas, fazendo uma verdadeira releitura do ordenamento à luz da Constituição. Supera-se o positivismo jurídico, através da abertura para espaços cada vez mais significativos de interpretações das normas jurídicas. O pós-positivismo, compreendendo o ordenamento jurídico como um sistema plural e aberto aos valores sociais, promove uma releitura de determinados conceitos jurídicos à luz de princípios e normas de envergadura constitucional.

Os princípios jurídicos, cada vez mais aplicados na solução dos casos apresentados ao Poder Judiciário, foram inseridos no campo da normatividade e estabeleceram referências para atuação legítima do julgador. Soares (2016, p.136) registra que “densificar um princípio jurídico implica em preencher e completar o espaço normativo, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos.”

O Constitucionalismo Democrático inaugurado após 1988 objetivou um modelo de sociedade livre, justa, solidária, com desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza, assim como a redução das desigualdades sociais e regionais. Mercados pelo referencial do pós-positivismo, os valores constitucionais passaram a ser realizados por métodos interpretativos dos julgadores, e não mais pelo processo de subsunção do fato à norma. Conforme destaque de Leal e Alves (2015, p.49) “é esta abertura dos dispositivos constitucionais que possibilitará a conjugação entre Constituição real e jurídica”.

No Brasil, em específico, como decorrência desta nova hermenêutica constitucional, tem sido observada uma atuação proativa do Poder Judiciário para concretização de direitos. Santos (2011, p. 19) recorda que “é nesse contexto que se deve analisar o fenômeno que ficou conhecido como expansão global do poder judiciário, os crescentes protagonismos sociais e políticos do sistema judicial e do primado do direito.” Apresenta, como causas do fenômeno, a redemocratização do Brasil em 1988, a instituição de um constitucionalismo mais abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo país.

A expansão na atuação do Poder Judiciário proporciona uma maior efetividade de direitos que foram negligenciados, especialmente aqueles que dependem de atuação específica dos Poderes Públicos, registrando Gargarella (2015, p.55) que “this is particularly so in the context of many of our societies, characterized by economic, social and political inequalities, where the possibilities of meaningful popular participation are significantly limited.”

A busca pela efetividade constitucional ultrapassou a mera positividade de direitos, demandando também ações concretas para cumprimento das vastas tarefas impostas pela

Constituição Federal de 1988. Gargarella (2015, p.96) também registra que “En la última década, varios países de la región modificaron sus constituciones en el marco de discursos que hacen referencia a la profundización de la democracia y los nuevos derechos.”

O Constitucionalismo Democrático elegeu o Poder Judiciário como guardião das normas constitucionais e da preservação dos interesses da sociedade, não podendo este sucumbir à inércia dos demais poderes, tampouco negligenciar no caso de evidente omissão inconstitucional. (BARROSO, 2012)

O ativismo judicial, no entanto, é fenômeno diverso da judicialização, sendo observado quando a atuação extrapola os limites democráticos estabelecidos para a competência jurisdicional. Nos casos que envolvem a realização de políticas públicas no Brasil, a atuação ativista tem sido ainda mais incontestada.

Há verdadeira atuação expansiva do Poder Judiciário em demandas de interesse interdisciplinar, envolvendo técnicas de administração, economia, sociologia entre outros, proferindo decisões que desnaturam a própria sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Caracteriza-se por uma atuação expansiva, destacando Cardoso (2017, p.3) que “um Judiciário que acerta no visível, olvidando todo um sistema administrativo, por vezes desestruturado, e que também padece- algo que é invisível em um processo judicial.”

Embora não existam critérios objetivos que possam indicar quando uma atuação judicial esteja sendo, de fato, ativista, Barroso (2012, p. 26) propõe que a ideia de ativismo está associado à intervenção do Poder Judiciário no âmbito de atuação dos demais poderes, determinando a aplicação de normas em situações não previstas, a declaração de inconstitucionalidade com base em critérios menos rígidos, assim como interferência direta em políticas públicas.

A partir da ideia trabalhada por Kaufmann (2010), importa avaliar os perigos que podem cercar o discurso jurídico extremamente vinculado aos preceitos pós-positivistas e à subjetividade do julgador, com intervenções diretas nos Poderes Executivo e Legislativo. O Direito, embora comporte abertura axiológica, submete-se às suas convenções, à lei e aos seus precedentes.

Sobre uma possível tirania do subjetivismo, Streck aponta:

Há, finalmente, ainda uma outra advertência que se impõe: o subjetivismo no Direito age desse modo autoritário (uma espécie de certeza-de-si-do-pensamento-pensante) porque está escorado em uma institucionalidade, falando de determinado lugar (o lugar da fala, em que quem possui o pkeptron pode falar, uma alegoria com o que se passa na Ilíada ou com a posse da concha, no livro *The Lord of Files*). Uma vez inserido em uma cotidianidade -para além desse lugar e sem os atributos desse poder

de fala, o sujeito se perde no entremeio de outras institucionalidades. (STRECK, 2019, p. 77)

O fenômeno do ativismo judicial não se resume à atuação dos Juízes de primeira instância. O Supremo Tribunal Federal protagoniza uma crescente atuação relacionada à reinterpretação de leis e imposição de medidas questionáveis aos demais poderes constituídos. Nesta perspectiva, Garin ainda recorda que “por ello una perspectiva superadora debe alentar un adecuado balance de los limites y contrapesos ordenados por la Constitución, lo que resulta dada la dinámica constitucional muy fluida y variable.”

É possível apontar como atuação proativa da Suprema Corte os julgamentos de casos emblemáticos, a exemplo da pesquisa com células-tronco embrionárias –ADI 3510/DF; da interrupção da gestação de fetos anencefálicos –ADPF 54/DF; e da vedação ao Nepotismo –ADC 12/DF. Especial destaque recebeu o julgamento do Habeas Corpus 126.292, no qual o Supremo Tribunal Federal modificou entendimento dominante na corte desde o ano de 2009 para determinar a prisão de réus antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, possibilitando a execução provisória da pena. Percebeu-se uma aplicação de critérios não previstos em lei para restringir direitos fundamentais.

Dentro desta perspectiva, importa avaliar os limites da interpretação dos princípios constitucionais como forma de realização de direitos, a fim de que o espaço democrático e o Estado de Direito sejam sempre respeitados.

4. ATIVISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) de nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, finalizado em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a mora inconstitucional do Congresso Nacional em editar a lei que criminalizasse a homofobia e a transfobia no Brasil, deu interpretação conforme à Constituição para enquadrá-las nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma.

O Mandado de Injunção (MI de nº 4733) foi impetrado em 2012, pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros-ABGLT, postulando a criminalização específica da homofobia e transfobia, pertencentes ao conceito ontológico de racismo. Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO de nº 26) havia sido ajuizada pelo Partido Popular Socialista-PPS em dezembro de 2013, pleiteando a criminalização em face das ofensas

individuais e coletivas, dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero no Brasil.

Por maioria, fixou-se a tese de que, até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716/89. (STF, Número Único: 9942814-37.2012.1.00.0000).

Justificou o Ministro Relator que:

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

O julgado reveste-se de grande importância na atualidade, sobretudo pelo número crescente de violações perpetradas em detrimento da comunidade LGBT. O Projeto de Lei de nº 122/2006, que criminalizava as condutas previstas nas ações constitucionais, foi arquivado sem encerrar a discussão da questão referente à homofobia e a transfobia no Brasil. Importa analisar, no entanto, embora flagrante a mora legislativa, se a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal representa uma criação judicial do direito penal, em violação ao princípio constitucional da reserva legal (ou princípio da taxatividade), previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988.

Dispondo que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, a Constituição Federal positiva o princípio reserva legal (ou princípio da taxatividade) como um direito fundamental do cidadão, que não poderá ser punido por condutas que não sejam descritas, pela lei, como violadoras de bens jurídicos relevantes para a sociedade. Resguarda a segurança jurídica, protegendo o indivíduo de abusos no poder punitivos estatal, destacando Cunha:

Ou seja, é completamente inviável a vida em sociedade se os cidadãos quedarem adstritos a um ilimitado poder ou arbítrio estatal. As leis penais criadas em face da exigência da legalidade são definidas como a principal fonte formal ou de

exteriorização do Direito Penal, isto é, através da lei penal é possível dar ciência (publicidade) e exigir de toda a sociedade o seu devido cumprimento (caráter coativo). (CUNHA, 2015, p.12)

A origem histórica do princípio da legalidade remonta à Magna Carta de 1215, na Inglaterra, cuja disposição prescreveu que nenhum homem livre seria detido ou sujeito à prisão, privado dos seus bens, colocado fora da lei, exilado ou de qualquer modo molestado mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

Outro registro histórico foi na Revolução Francesa, dispondo a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 8º, que a lei apenas deveria estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

No plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo 29º, traz que, no exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (Pacto San José da Costa Rica), em seu artigo 9º, estabelece que ninguém poderá ser condenado por ações ou omissões que não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável, quando cometidas. Já no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1992, em seu artigo 15º, encontra-se previsão expressa no sentido de que ninguém poderá ser condenado por atos omissões que não constituam delito, de acordo com o direito nacional ou internacional.

No âmbito penal, o princípio da reserva legal atua como preservação do próprio indivíduo e sua dignidade humana. Revela uma proteção do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, assim como do próprio sistema jurídico penal. O princípio reserva legal, então, demanda atuação específica do Poder Público, através da função legislativa, na taxatividade de condutas tidas como violadoras de bens jurídicos relevantes.

No caso da criminalização da homofobia e da transfobia não poderia ser diferente, reputando-se como ativista a postura do Supremo Tribunal Federal. Conforme registra Flávia Piovesan (2017, p. 585) “ora, se a Carta de 1988 rege todo o ordenamento com inegável preponderância, aquilo que para ela mesma pareceu fundamental não pode, em hipótese alguma, pelo jurista e pelo cidadão, ser tomado como supletivo.”

O Ministro Ricardo Lewandowski, embora em voto vencido na Corte, também apontou para inadequação da criminalização da homofobia e transfobia por decisão do Supremo Tribunal Federal:

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta. (STF, 2019)³

A decisão do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) de nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, interfere no âmbito de atuação do Poder Legislativo e prevê a aplicação dos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, mas que ainda não foram criminalizados pela norma penal.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal (ADO de nº 26 do DF) que o conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, resultando na manifestação de poder de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles integram a comunidade LGBT.

No entanto, percebe-se que a prática interpretativa da Suprema Corte alargou os casos de incidência dos crimes previstos na Lei nº 7.716/89, incluindo no âmbito norma o racismo social, em violação ao princípio da reserva legal. Conforme destaque de Streck, Tassinari e Lepper (2015, p.57) “tem-se uma concepção de ativismo que pode ser sintetizada como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.”

Apenas a lei em sentido formal poderia, então, equiparar a homofobia e a transfobia à modalidade de racismo social e, com isso, enquadrá-las aos nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) de nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, o Supremo Tribunal Federal atuou de forma ativista, criando norma penal através de decisão judicial.

³ Em importante precedente a respeito do tema da reserva legal (RHC 121.835 Agr/PE, Rel. Min. Celso de Mello), a Segunda Turma desta Corte teve oportunidade de afirmar que: “Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF)”.

A atividade da Jurisdição Constitucional é extremamente relevante para a democracia contemporânea. O avanço promovido pela Constituição Federal de 1988 não consiste, somente, em reconhecer direitos e garantias aos cidadãos, mas principalmente no estabelecimento de tarefas para os Poderes Públicos. Dentro deste contexto, o princípio constitucional da legalidade impõe que o reconhecimento de crimes seja resultado do princípio majoritário, de modo que a decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal não se compatibiliza com a ordem vigente porque invade a competência dos demais Poderes.

5. CONCLUSÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal vem assumindo posição de destaque no cenário nacional, sobretudo no que se refere ao protagonismo e papel proativo de suas decisões. Como decorrência deste fenômeno, é possível apontar os julgamentos de casos emblemáticos, a exemplo da pesquisa com células-tronco embrionárias –ADI 3510/DF; da interrupção da gestação de fetos anencefálicos –ADPF 54/DF; e da vedação ao Nepotismo –ADC 12/DF. Caso também emblemático foi o julgamento do Habeas Corpus 126.292, no qual o Supremo Tribunal Federal possibilitou a prisão de réus antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, possibilitando a execução provisória da pena.

Percebe-se, neste contexto de soluções ativistas, que as decisões Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) de nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733 atuam como fator de regulação social, frente as necessidades específicas da comunidade LGBT no Brasil. Houve atuação legislativa ampliar os casos de racismo para inclusão da homofobia e transfobia, conforme proposta do Projeto de Lei 122, cujo arquivamento foi promovido sem qualquer alteração na sistemática vigente.

Não pairam dúvidas quanto à necessidade de coibir a mora legislativa. Os atos de intolerância à comunidade LGBT são graves e recorrentes, demandando do Poder Público atuação concreta para coibi-los. No âmbito civil, a atuação do Supremo Tribunal Federal tem sido expressiva no reconhecimento de direitos, a exemplo do reconhecimento da possibilidade de união estável, dos direitos sucessórios, alteração do nome entre outros.

Merece destaque, neste contexto, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal Julgada em 01 de março de 2018, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4275. Conferindo interpretação conforme à Constituição ao artigo 58 da Lei de Registros

Públicos, possibilitou a alteração do registro civil e do nome, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e não discriminação.⁴

Embora a lei civil seja taxativa quanto às possibilidades de alteração do nome, a Corte Constitucional atuou positivamente para reconhecer direitos necessários à preservação da dignidade da comunidade transexual, que poderá alterar o registro civil sem cirurgia de mudança de sexo.

No âmbito penal, entretanto, a atuação proativa desconfigura a ordem jurídica em vigor, ainda que seja para preservar os direitos fundamentais do grupo vulnerável. Há incontestável mora do Poder Legislativo, de fato, mas não se pode validar a criação de tipos penais por decisão judicial sem ofensa à ordem democrática.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) de nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, em junho de 2019, não concretiza o princípio constitucional da reserva legal e fragiliza a segurança jurídica, compreendidos no espaço democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em 03 de dezembro de 2019.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?**. Revista Direito e Práx, Volume 10. Rio de Janeiro: 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v10n3/2179-8966-rdp-10-03-1769.pdf>. Acesso em 02 de dezembro de 2019.

BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 10 de dezembro de 2019.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1992**. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 12 de novembro de 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 4733**. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+4733%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ne4g6et>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

⁴ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em 06 de outubro de 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26.** Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Voto do Relator no processo 9942814-37.2012.1.00.0000.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4275** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em 18 de novembro de 2019

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292.** Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 17 de novembro de 2019.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil. Um ponto cego do direito?** Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017.

CUNHA, Helvécio Damis de Oliveira. **A (in)constitucionalidade dos tipos penais abertos: crimes omissivos impróprios, delitos culposos e normas penais em branco analisadas sob a ótica do princípio da legalidade penal.** In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CARVALHO, Érica Mendes de. (Org) I Encontro de Internacionalização do CONPEDI. Barcelona, 2015. Disponível em <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/01/NOVO-Miolo-CONPEDI-vol.-15-em-moldes-gr%C3%A1ficos-1-1.pdf>. Acesso em 10 de dezembro de 2019.

GARGARELLA, Roberto. **Interpretation And Democratic Dialogue.** Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago. 2015, p. 41-65. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/42197>. Acesso em 10 de dezembro de 2019

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de las constituciones latinoamericanas.** Revista Nueva Sociedad o 257, julio-agosto de 2015,. Disponível em https://nuso.org/media/articles/downloads/5.TC_Gargarella_258.pdf. Acesso em 10 de dezembro de 2019

GARIN, Andrea Lucas. **Nuevas Dimensiones del Principio de División de Poderes em um Mundo Globalizado.** Revista Estudios Constitucionales, ano 7, n ° 2, 2009.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo.** Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UNB. 2010. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/33540148.pdf>. Acesso em 03 de novembro de 2019.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Daleogare. **Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; TEIXEIRA, João Paulo Aillan Teixeira. **A criminalização da homofobia e suas contradições**. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CARVALHO, Érica Mendes de. (Org) I Encontro de Internacionalização do CONPEDI. Barcelona, 2015. Disponível em <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/01/NOVO-Miolo-CONPEDI-vol.-15-em-moldes-gr%C3%A1ficos-1-1.pdf>. Acesso em 10 de dezembro de 2019.

ONU. **Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. 10^o edição.

RAGONE, Sabrina. **Tribunales constitucionales y secesión: reivindicación (potencialmente) legítima o violación de um princípio básico?**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direitos. UNISSINOS, 130-142, maio-agosto 2019. Disponível em <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2019.112.03/60747313>. Acesso em 10 de dezembro de 2019.

RODRIGUES, Francisco Lisboa. **Legitimidade democrática da justiça constitucional**. In: SILVA, Lucas Gonçalves da; LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto; (Coord.). Teoria da Democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6^o edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPTU, 2016.

SILVA, Lucas Gonçalves da; MELO, Ana Patrícia Vieira Chaves. **Judicialização da Política: fundamentação da decisão judicial como limite da interpretação da Constituição na Jurisdição Constitucional**. In: HOLANDA, Ana Paula de Araújo...[et al.] Filosofia do Direito hoje: Temas atuais. Zaragoza : Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. **Hermenêutica Jurídica**. Coleção Saberes do Direito. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto- o constitucionalismo contemporâneo.** *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 02, p. 27 - 41, out. 2014. Disponível em <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64/49>.

STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre Direito e Moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial.** Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é positivismo, afinal? E qual positivismo?** *Revista Novos Estudos Jurídicos*, volume 23, n. 3, 2018. Disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13745>. Acesso em 03 de novembro de 2019.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326.** *Revista Brasileira de Políticas Públicas: UNICEUB*, 2015. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>. Acesso em 15 de novembro de 2019.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional.** São Paulo: Editora Método, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.