

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

Lucas Guimarães Torres

**CRIMINALIZAÇÃO DAS CONDUTAS HOMOTRANSFÓBICAS NO JULGAMENTO
DA ADO 26 E DO MI 4733-DF À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: crime
sem lei?**

ARACAJU

2022

Lucas Guimarães Torres

**CRIMINALIZAÇÃO DAS CONDUTAS HOMOTRANSFÓBICAS NO JULGAMENTO
DA ADO 26 E DO MI 4733-DF À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: crime
sem lei?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Departamento de Direito da Universidade
Federal de Sergipe, como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em
Direito

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof. Dr. Carlos Augusto de
Alcântara Machado

ARACAJU

2022

LUCAS GUIMARÃES TORRES

**CRIMINALIZAÇÃO DAS CONDUTAS HOMOTRANSFÓBICAS NO JULGAMENTO
DA ADO 26 E DO MI 4733-DF À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: crime
sem lei?**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de Direito
da Universidade Federal de Sergipe,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito

São Cristóvão ___ de _____ de 2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado

Orientador

Prof. Dr. Eduardo Lima de Matos

Examinador

Prof. Dr. Ubirajara Coelho Neto

Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por ter me abençoado durante a minha trajetória acadêmica e por ter me dado forças para superar todos os desafios. Sempre tive fé que os planos do meu criador eram os melhores para mim. Sem ele, essa conquista não seria possível.

Não posso deixar de agradecer, em seguida, aos meus pais. Minha mãe, Iracilda, sempre se dedicou a mim para que eu pudesse ter um futuro melhor. Além disso, foi minha fortaleza nos momentos mais difíceis e de insegurança. Meu pai, Nilo, *in memoriam*, apoiou-me incondicionalmente e falava o quanto tinha orgulho de mim. O amor, incentivo e suporte dos meus pais foram fundamentais.

Aos meus avós, Seu Nivaldo e Dona Iolanda, minha gratidão por terem investido na minha educação e transmitido valores que moldaram o ser humano que eu sou hoje. Além disso, sou grato pelo amor e carinho imensuráveis que têm por mim. Sou abençoado por serem meus avós. Meus irmãos Isabel, Pedro Henrique e Miguel me motivam a seguir firme nos meus objetivos e fortalecem-me o companheirismo fraternal.

Lucas, Manuel, Cristiana, Isabelle e Beatriz foram meus parceiros nessa jornada, não poderia deixar de mencionar vocês. Compartilhamos as delícias e as agruras ao longo do curso, de modo a tornar a trajetória leve. Muito obrigado pelos momentos de descontração e de carinho. Para além de amigos na faculdade, fiz amizades nos estágios. Janice, Cristina e Silvânia me acolheram com muita ternura em um momento desafiador que foi o início do meu estágio. Esse acolhimento foi fundamental para que eu pudesse me adaptar ao estágio.

Ao meu orientador Carlos Augusto Alcântara Machado, por ser compreensivo e atencioso durante a produção deste trabalho. Além disso, tive a honra de ter sido seu aluno no curso de direito constitucional. Posso atestar o ser gentil e prestativo com todos os alunos.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os julgados da ADO 26 e do MI 4733-DF à luz do princípio da legalidade. Nesses julgados, o Supremo Tribunal Federal equiparou condutas homotransfóbicas aos tipos penais previstos na Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo). O foco principal é discutir se houve violação ao princípio da legalidade. Em plano secundário, foram trabalhadas as seguintes problemáticas: eventual usurpação de competência legislativa pelo Supremo Tribunal Federal, a influência da jurisprudência progressista envolvendo direitos fundamentais, o ativismo judicial e a possibilidade de tipificação de mandados de criminalização por instrumentos de combate à inefetividade das normas constitucionais. A metodologia principal utilizada consistiu em estudo de casos dos acórdãos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 26 e do mandado de injunção (MI) 4733, sendo formuladas hipóteses para constatar eventual violação ao princípio da legalidade. Para esse estudo, foram feitas as pesquisas bibliográfica (principalmente sobre o ativismo judicial e princípio da legalidade) e documental de precedentes do STF. Destaque-se que o recorte institucional foi o Supremo Tribunal Federal, sendo somente analisadas as decisões provenientes desse órgão.

Palavras-chave: Criminalização de condutas; Omissão Constitucional; Princípio da legalidade; Ativismo judicial; Homotransfobia.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the judgments of ADO-26/DF and MI 4.733-DF under principle of legality. In these judgments, the Supreme Court equated homotransphobic conduct with the crimes in Law nº 7.716/1989 (Racism Law). The main goal is to discuss whether there was a violation of the principle of legality. Secondly, the work deals with were addressed: possible usurpation of legislative competence by the Federal Supreme Court, the influence of fundamental rights jurisprudence, judicial activism and the possibility of criminalization by instruments to combat the ineffectiveness of constitutional norms . The main methodology used consisted of a case study of the judgments of ADO 26/DF and MI 4.733/DF, with hypotheses being formulated to verify a possible violation of the principle of legality. Secondly, other methods were used, such as bibliographic research and documental research. The bibliographic research focused on certain themes such as judicial activism, the principle of legality and judicial activism. In turn, the documentary research focused on STF precedents about the fundamental rights of minorities and the principle of legality. It should be noted that the institutional focus was the Supreme Court. Only decisions from this government body were analyzed.

Keywords: Criminalization; Constitutional Omission; Principle of legality; Judicial activism; Homotransphobia.

“O ódio aparece apenas onde há razão para supor que as condições poderiam ser mudadas, mas não são.”

(Hannah Arendt)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DA INEFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	3
2.1 MANDADO DE INJUNÇÃO	4
2.1.1 Objeto e pressupostos	4
2.1.2 Competência, legitimidade e procedimento	6
2.1.3 Efeitos do mandado de injunção	9
2.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	12
2.2.1 Objeto	13
2.2.2 Competência e legitimidade	14
2.2.3 Jurisprudência	14
2.2.4 Procedimento	16
2.2.5 Efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO)	16
3 CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS	19
3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	19
3.2 PRINCÍPIOS DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL E DA PROIBIÇÃO DA ANALOGIA PENAL <i>IN MALAM PARTEM</i>	21
3.3 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO	24
4 ATIVISMO JUDICIAL	27
4.1 ORIGEM, CONCEITO E CRÍTICAS	27
4.2 DECISÕES ATIVISTAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	32
5 JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 E DO MANDADO DE INJUNÇÃO 4733	37
5.1 NOÇÕES DE DISCRIMINAÇÃO DA COMUNIDADE LGBTQIA+ E DIPLOMAS INTERNACIONAIS	37
5.2 VOTOS DO MI 4733/DF e ADO-26/DF	39
5.2.1 Breve relatório das ações	39
5.2.2 Fundamentos dos Voto do Ministro Édson Fachin do Mandado de Injunção 4733	41
5.2.3 Fundamentos do voto do Ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26	42
5.2.4 Fundamentos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26	51
6 CONCLUSÃO	54

REFERÊNCIAS.....	56
------------------	----

1 INTRODUÇÃO

A comunidade LGBTQIA+ é uma minoria vítima de uma histórica violência. Apesar disso, ainda não há no Brasil uma legislação que proteja essa comunidade. Essa letargia pode ser explicada pela resistência de um Congresso Nacional conservador, que não possui um interesse em aprovar uma legislação em prol da comunidade LGBTQIA+. Um exemplo é o projeto de lei complementar 122/2006, que pretendia criminalizar a homofobia. A proposta foi apresentada na Câmara em 2001, tramitando durante oito anos no Senado (duas legislaturas) até ser arquivado de acordo com as regras do seu Regimento Interno, sem, portanto, aprovação.

Diante da mora legislativa em aprovar uma legislação penal tipificando condutas, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros impetrou um mandado de injunção. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora do Congresso Nacional e equiparou a homotransfobia ao crime de racismo.

Com essa decisão, os julgados da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 26 e do mandado de injunção (MI) 4733 podem indicar novas perspectivas jurisprudenciais a respeito do princípio da legalidade. Houve a criminalização de condutas sem a aprovação de uma lei por parte do Congresso Nacional.

O presente trabalho objetiva verificar se a decisão obedeceu a técnica jurídica, partindo das seguintes hipóteses: (a) eventual ocorrência de analogia *in malam partem* ao enquadrar a homotransfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo; (b) suposta incoerência ao ser reconhecida simultaneamente a mora do Congresso Nacional e o enquadramento de condutas homotransfóbicas como tipo penal definido na Lei do Racismo; (c) possível influência da jurisprudência progressista dos direitos fundamentais de grupos minoritários e do ativismo judicial; (e) potencial usurpação de competência do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.

No primeiro capítulo temático, estudar-se-ão os meios processuais utilizados para a criminalização da homotransfobia, abordando os seguintes aspectos do mandado de injunção e da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão: conceito, objeto, pressupostos, competência, legitimidade, jurisprudência, efeitos e

procedimento. A partir dessa compreensão, será possível compreender se esses instrumentos são adequados para a criminalização de condutas.

No segundo capítulo temático, o foco será o princípio da legalidade e os mandados de criminalização. Expor-se-ão conceito, jurisprudência, origem do princípio da legalidade e princípios correlatos a ele. Ainda nesse capítulo, abordar-se-ão aspectos importantes dos mandados de criminalização.

No terceiro capítulo temático, o objetivo será demonstrar decisões do STF que envolveram direitos fundamentais de grupos minoritários. Para isso, expor-se-ão o conceito, as críticas e os fatores que contribuem para o florescimento do ativismo judicial. No último capítulo temático, serão expostos e analisados os fundamentos dos votos dos ministros relatores da ADO 26 e do MI 4733, respectivamente Celso de Mello e Édson Fachin, e o voto divergente do ministro Ricardo Lewandowski.

Com essas análises, serão respondidos os questionamentos em torno de eventual violação ao princípio da legalidade, incoerência no acórdão, influência do ativismo judicial e a adequação dos instrumentos de controle de constitucionalidade por omissão como ferramentas para criminalização de condutas.

2 DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DA INEFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

O mandado de injunção e ação de controle de inconstitucionalidade por omissão são ferramentas que visam à efetividade de direitos fundamentais. Desse modo, quis o Constituinte que, em se tratando de um direito fundamental, a ausência ou a má elaboração de uma norma não prejudique o seu exercício. Mas seriam essas ferramentas pertinentes para a criminalização de condutas?

Pedro Lenza (2017) comenta que esses institutos são ferramentas lançadas pelo legislador para “curar” uma “doença” denominada síndrome de inefetividade das normas constitucionais.

Essa doença consistiria na inefetividade das normas constitucionais que não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, necessitando de ato normativo integrativo e infraconstitucional. Outra semelhança seria o fato de que ambas as ações não servem para pretensões pecuniárias.

Apesar de algumas semelhanças, Pedro Lenza (2017) aponta que essas ações possuem escopos diferentes. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um instrumento que serve para o controle abstrato de constitucionalidade, de efeito “erga omnes”. Por sua vez, o mandado de injunção é uma garantia individual que serve para a defesa de direitos subjetivos por meio do controle difuso. Atualmente, esse instrumento está regulamentado pela Lei nº 13.300/2016. Nesse sentido, colaciona-se a seguinte lição doutrinária:

Em que pesem ambos terem sido construídos com uma finalidade comum, a de combater o vício omissivo (isto é, vencer a ausência de regulamentação do texto constitucional) são bastante distintos, até porque enquanto a supramencionada finalidade é principal na ação direta por omissão, é meramente secundária no mandado de injunção (que visa, primariamente concretizar um direito e não combater a falta de norma). Assim é que inadmitte-se, segundo o Supremo Tribunal Federal, a conversão de um instrumento no outro, não havendo entre eles, pois, fungibilidade. (MASSON, 2015, p. 439)

A ação direta de constitucionalidade por omissão é uma ação do controle concentrado de constitucionalidade, cujo intuito primordial é tutelar a ordem constitucional objetiva, que se vê abalada e ferida diante da inércia governamental

em regulamentar e, com isso, concretizar as disposições constitucionais (MASSON, 2015, p.1127).

Apesar de ter como objetivo combater a síndrome da inefetividade, possuem finalidades diferentes. Seriam esses instrumentos adequados para a criminalização de condutas? Para responder a essa pergunta, é necessário conhecer a origem, o procedimento e os efeitos do mandado de injunção e da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. O estudo se baseou no levantamento doutrinário e jurisprudencial.

2.1 MANDADO DE INJUNÇÃO

Nathália Masson (2015) comenta que o mandado de injunção instituído no documento constitucional de 1988 não possui nenhum instrumento que possa ser apontado como inspiração direta ao remédio que o poder originário criou para controlar e solver as omissões do Poder Público.

Em sua concepção, o instituto inspirador do direito internacional que mais se assemelha ao remédio constitucional hoje consagrado na Constituição Federal de 1988 é a *Equity* inglesa, do séc. XIV e o *writ of injunction*, do direito norte-americano, e *ingiunzione*, do direito italiano¹.

2.1.1 Objeto e pressupostos

O mandado de injunção é garantia instituída no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal. Pela leitura do dispositivo, o seu escopo é proteger os direitos subjetivos que não se concretizam e não estão sendo exercido em razão da falta de norma regulamentadora.

Nathália Masson (2015, p.439) expõe que o mandado de injunção pátrio é uma ação constitucional, de natureza civil e de procedimento especial, cujo objetivo

¹ Carlos Augusto Alcântara Machado (2004, p.53-55) menciona também a contribuição das doutrinas alemã, francesa e italiana. Na terceira doutrina, a *ingiunzione* seria um procedimento monitório com finalidade condenatória de forma mais simples que o procedimento ordinário. No direito francês, a *injonction* funciona como um poder de polícia para intimar partes, advogados, auxiliares de justiça e outros que se oponham a concretização do processo. No processo civil, esse instrumento também pode ser utilizado para a cobrança de pequenos créditos civis e comerciais. No direito alemão a chamada *Verfassungsbeschwerde* é um instrumento do direito processual alemão quando direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental forem violados por ação ou omissão.

é combater a “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”. Nesse sentido, destaca-se o seguinte comentário sobre o seu objeto:

Daí seu objeto: assegurar o exercício (a) de qualquer direito constitucional (individual, coletivo, político ou social) não regulamentado; (b) de liberdade constitucional, não regulamentada, sendo de notar que as liberdades são previstas em normas constitucionais comumente de aplicabilidade imediata, independentemente de regulamentação, vale dizer, incidem diretamente; de modo que raramente ocorrerá oportunidade de mandado de injunção nessa matéria, mas há situações como a do art. 5º, VI, em que a liberdade de cultos religiosos ficou dependente, em certo aspecto, de lei regulamentadora, quando diz: “garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a sua liturgia”; (c) das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, também quando não regulamentadas; soberania é a soberania popular, segundo dispõe o art. 14, não a soberania estatal; aqui igualmente não ocorrerão muitas hipóteses de ocorrência do mandado de injunção; é que as questões de nacionalidade praticamente se esgotam nas prescrições constitucionais que já a definem de modo eficaz no art.12; apenas a naturalização depende de lei, mas esta, como vimos, já existe, portanto é matéria regulamentada, que, por isso mesmo, não dá azo ao mandado de injunção; é que as questões de nacionalidade praticamente se esgotam nas prescrições constitucionais que já a definem de modo eficiente. (SILVA, 2005, p. 448 e 449)

José Afonso da Silva (2005) ainda pontua que os pressupostos do remédio são a falta de norma regulamentadora do direito e ser o impetrante beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa que postula em juízo. Pedro Lenza (2017) complementa ser indispensável para a impetração do remédio constitucional a existência de norma constitucional de eficácia limitada, que prescreva direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

É justamente a falta de norma que a regule, tornado inviável o exercício desses direitos, liberdades e prerrogativas anteriormente citadas que enseja o ajuizamento da ação. A mencionada omissão pode ser parcial ou total. Isso porque o legislador pode elaborar uma norma de maneira deficiente, de modo a prejudicar algum direito fundamental.

Carlos Augusto Alcântara Machado (2004) ensina que a expressão norma regulamentadora abrange as espécies normativas do art.59 da Constituição Federal de 1988, excluindo a emenda constitucional. No mais, o instituto não serve para a tutela de atos administrativos concretos, uma vez que não possuem caráter geral.

O nexos de causalidade entre a omissão do Poder Público e a inviabilidade do exercício do direito pleiteado também deve ser observado:

É necessário também que exista um nexo de causalidade entre a omissão do Poder Público e a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional. Importante mencionar que o mandado de injunção tem cabimento quando, esgotado um prazo que se possa considerar razoável, a autoridade responsável não edita norma concretizadora do direito. (MORANGON; SILVA JÚNIOR, 2013 p.70)

Carlos Augusto Alcântara (2004) destaca a formação de três correntes doutrinárias quanto à extensão dos direitos e liberdades fundamentais tuteladas pelo mandado de injunção: uma restritiva, uma intermediária e outra abrangente.

Para a primeira corrente, o mandado de injunção alcançaria tão somente os direitos que possam ser pretendidos na condição de nacional (os previstos no artigo 5º, reconhecidos aos brasileiros, bem como aqueles que possam ser deduzidos do Cap. III do Tít.II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) ou de cidadão (aqueles que podem ser deduzidos do Cap. IV do Título II da atual Constituição Federal). De acordo com essa corrente, não estariam abrangidos os direitos sociais.

A corrente intermediária preconiza que o intuito do mandado de injunção não é defender todo e qualquer direito da Constituição, mas tão somente os previstos no título “Dos direitos e garantias fundamentais”. Estariam incluídos os direitos sociais e os coletivos. Uma hermenêutica moderna não se limitaria aos direitos individuais.

Por fim, a corrente abrangente não opõe qualquer limitação à aplicação do instituto. Todo e qualquer direito é passível de ser tutelado pelo mandado de injunção.

2.1.2 Competência, legitimidade e procedimento.

O mandado de injunção é uma garantia instituída no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, regulamentada, atualmente, pela Lei 13.300/2016. São aplicadas subsidiariamente as normas da lei do mandado de segurança, Lei nº 12.016/2009, e do Código de Processo Civil de 2015

O Supremo Tribunal Federal é competente originariamente para julgar litígios que versam sobre mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do

próprio Supremo Tribunal Federal e, em grau de recurso ordinário, se denegatória a decisão do manda, nem do de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão nos termos do art.102,I,q, e II, a, da Constituição Federal.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça terá a competência originária para julgar o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentador for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal nos termos do art.105, I, h, da Constituição Federal

No âmbito estadual, os Estados-membros podem estabelecer a competência para julgar o mandado de injunção, nos termos artigo 125, §1º, da Constituição Federal. A Constituição Estadual de Sergipe, por exemplo, assegura a impetração de mandado de injunção em seu artigo 3º, inciso XV. A competência para processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção é do Tribunal do Justiça quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Governador do Estado, da Assembleia Legislativa ou de sua Mesa, do Tribunal de Contas do Estado, do próprio Tribunal de Justiça ou de órgão, entidade ou autoridade da administração direta ou indireta do Estado ou dos Municípios, art. 106, I, f.

O artigo 3º da Lei 13.300/2016 define tanto a legitimidade ativa quanto a passiva. Como impetrantes, estão legitimadas as pessoas naturais e jurídicas titulares dos direitos. Sobre a legitimidade ativa, colaciona-se a seguinte lição doutrinária:

Assim, a legitimidade ativa para propor mandado de injunção é daquele que sustenta ser titular de algum direito, liberdade ou prerrogativa constitucional e cujo exercício esteja inviabilizado por falta de norma regulamentadora e que pretende ser favorecido pelo movimento jurisdicional. Estão legitimados também a propor mandado de injunção o sujeito que se encontra com seus direitos políticos suspensos ou até os estrangeiros residentes no Brasil. Vale destacar que o mandado de injunção não exige legitimação específica ou qualificada, o que quer dizer que até mesmo as figuras jurídicas despersonalizadas, como o espólio e herança jacente, por exemplo, estão legitimadas a impetrar o remédio constitucional. (MORANGON; SILVA JÚNIOR, 2013, p.71)

O artigo 4º da mencionada lei prescreve que a petição inicial deverá indicar, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado. Com o recebimento da petição inicial, será determinada a notificação do

impetrado para que preste informações e a ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada para que ingresse. Após o prazo para a apresentação de informações, o Ministério Público será ouvido, nos termos do artigo 7º.

Quanto à possibilidade de ajuizamento de mandado de injunção por pessoa jurídica de direito público, o STF, no julgamento do MI 725 (Brasil, 2007a), entendeu que “parece bastante razoável a hipótese em que o município, diante de omissão legislativa inconstitucional impeditiva do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção”.

Para além do mandado de injunção individual, é possível o mandado de injunção coletivo, sendo legitimados o Ministério Público, partido político com Representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano e a defensoria pública. A previsão legal dessa legitimidade se encontra no artigo 12, em seus incisos I a IV, da lei 13.300/2016, lei do mandado de injunção. De acordo com o parágrafo único do referido artigo, “os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria”.

Antônio Zeferino da Silva Júnior e Ítalo Guimarães Morangon (2013) destacam que a autoridade que impossibilitar o uso do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional figurará no polo passivo. Portanto, o sujeito passivo é necessariamente uma pessoa estatal, uma vez que os particulares não possuem a competência de emanar normas reputadas essenciais ao exercício do direito vindicado pelos impetrantes, a estes não cabe figurar como legitimados passivos para o processo injuncional. Nathalia Masson (2015) pontua que nem mesmo se forem beneficiados de eventual omissão legislativa os particulares poderão figurar no polo passivo, não havendo a possibilidade de litisconsórcio com autoridades públicas.

Pedro Lenza (2017) ensina que nem sempre a responsabilidade será exclusiva do Poder Legislativo. Aduz que, em determinados casos, as normas podem ser de iniciativa reservada, como aquelas previstas no artigo 61, §1º da Constituição Federal, em relação ao Presidente da República. Nesses casos, o agente responsável pela iniciativa privada também deverá figurar no polo passivo da

demanda, visto que o Congresso Nacional não detém iniciativa para deflagrar o processo legislativo, sob pena de inconstitucionalidade, por vício subjetivo.

2.1.3 Efeitos do mandado de injunção

Há uma discussão doutrinária a respeito dos efeitos do mandado de injunção. As principais são denominadas de concretista e não concretista, explicadas no excerto a seguir:

Pela posição concretista, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa e viabiliza (implementa) o exercício do direito até que sobrevenha norma regulamentadora. Essa posição divide-se em duas espécies: concretista geral e concretista individual.

Pela concretista geral a decisão do Poder Judiciário implementa o exercício do direito previsto na Constituição com efeitos erga omnes, ou seja, a este Poder incumbiria a tarefa de elaborar a norma regulamentadora para suprir a omissão do legislador, só que com efeitos não apenas para o caso concreto, mas válido para todos. O STF, em linha de princípio, não adotou essa tese, afirmando que tal entendimento fere o princípio da separação dos poderes, pois numa decisão com efeitos erga omnes o Supremo, o juiz ou tribunal estaria ocupando a função do Poder Legislativo.

Pela concretista individual o Poder Judiciário implementa o direito previsto na Constituição somente para o autor do mandado de injunção, ou seja, a decisão gera efeitos interpartes. Esta espécie se divide em duas: direta e intermediária.

Pela concretista individual direta o Poder Judiciário implementa a eficácia da norma constitucional ao autor de forma imediata. Já a posição concretista individual intermediária entende que o Poder Judiciário não deveria viabilizar o direito de forma imediata. Reconhecida a mora e dada ciência ao poder competente para supri-la, assim, caso o mesmo, num prazo determinado (estabelecido), não a suprisse, o órgão julgador da injunção deveria tomar as providências necessárias para concretizar o direito implementando-o.

Por fim, tem-se a posição não concretista reconhece a mora, mas não implementa o exercício do direito para o autor da ação, apenas recomendando ao legislador que supra a mora. Portanto, para essa corrente concede-se a injunção ao autor afirmando-se que, realmente, existe um direito sem regulamentação e que os Poderes Públicos encontram-se em mora, mas, após esse reconhecimento da mora do legislador, há somente a recomendação para que o mesmo a supra. Nesse caso, a natureza da decisão é meramente declaratória. (MORANGON; SILVA JÚNIOR, 2013, p.74)

O mandado de injunção é um instrumento recente no ordenamento jurídico brasileiro. Em seu princípio, no julgamento do mandado de injunção MI 107-DF (Brasil, 1990), os efeitos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão foram equiparados. Adotou-se, então a posição não concretista:

O mandado de injunção é ação outorgada a titular de direito, garantia ou prerrogativa dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora; é ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade desta omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2.º, da Carta Magna). (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-7-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU, 21-9-1990)

No mandado de injunção n.283, cujo Relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence, o STF estipulou prazo para sanar a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de garantir ao prejudicado a satisfação dos direitos inexecutáveis, adotando a corrente concretista individual intermediária. Vale destacar o que explicita parte da ementa do acórdão:

Mandado de Injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, §3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando ao titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos (STF – MI 283/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14-11-1991).

Em outro julgado, no Mandado de Injunção n. 232 (Brasil, 1992a) de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal também adotou a tese concretista. Esse caso envolveu mandado de injunção impetrado com fundamento no art. 195, § 7º, da CF/88. Estabeleceu o prazo de seis meses para o legislador suprir a mora e, se não suprisse, o impetrante, entidade beneficente de assistência social, passaria a gozar da imunidade pretendida. Consta da ementa desse julgado:

Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida (STF – MI n. 232, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27-03-1992).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, logo após veio o Mandado de Injunção n. 284 (Brasil, 1992b) de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o qual reconheceu que a mora legislativa extrapolava os limites aceitáveis para produção do ato normativo e conferiu direito à reparação econômica aos impetrantes:

O novo "writ" constitucional, consagrado pelo art. 5., LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico "impõe" ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder. Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada – e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se "prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, "desde logo", a possibilidade de ajuizarem, "imediatamente", nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório (STF - MI n. 284/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 26-06-1992).

Apesar desses julgados que adotaram a linha concretista, esses eram pontuais, sendo majoritária as decisões do STF que somente notificaram o ente legislativo da sua mora.

Em 2007, a Suprema Corte voltou a discutir os efeitos do mandado de injunção ao analisar o problema do direito de greve dos servidores públicos com base no art. 37, VII, da CF. No julgamento dos mandados de injunção 670-ES (Brasil, 2007b), 708-DF (Brasil, 2007c) e 712-PA (Brasil, 2007d), o STF decidiu que deveria ser aplicada, no que coubesse, a lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve. Considerou-se que as decisões prolatadas comunicando a mora ao órgão responsável foram ineficazes. No caso concreto, transcorreram 13 anos da primeira decisão do Tribunal que reconheceu a mora legislativa do Congresso Nacional em relação ao art. 37, VII, da CF, e que, portanto, o novo momento exigiria atuação mais enérgica do Poder Judiciário.

Assim, o Tribunal adotou, pela primeira vez, a posição concretista geral, com efeitos *erga omnes*, ou seja, passou a aceitar apenas uma regulação provisória pelo Poder Judiciário, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função de legislar. No caso, afastou-se da posição não concretista, na qual estava limitado a declarar a existência da mora legislativa no tocante a edição da norma regulamentadora específica.

Mandado de Injunção. Garantia Fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI).
Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII).
Evolução do tema na jurisprudência do supremo tribunal federal (STF).

Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989. (STF, MI n. 670-ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 31-10-2008)

Consolidando esse novo entendimento jurisprudencial da Corte, a lei nº 13.300/2016, em seu art. 8º, abrigou a corrente concretista intermediária. Nos termos do inciso II, prescreve que será deferida, com o reconhecimento da mora, a injunção para:

estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

A eficácia da sentença ficará limitada as partes até que advenha a lei. Entretanto, poderá ser conferida eficácia ultra partes ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração, nos termos do artigo 9º. No §1º do art. 9º da lei nº 13.300/2016, também foi encampada a corrente concretista geral. Entretanto, o efeito *erga omnes* só poderá ser concedido, nos termos da lei, “quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração”.

Assim, a lei do mandado de injunção consolidou de vez a evolução jurisprudencial no sentido de adotar a corrente concretista, tanto individual (art.8º, II) quanto geral (art. 9º, §1º). Com a adoção do referido posicionamento, atribui-se ao Poder Judiciário um papel mais ativo no combate à inefetividade das normas. A inércia do Poder Legislativo foi fundamental para esse protagonismo do Poder Judiciário, conforme demonstrado nos parágrafos anteriores.

Por fim, ressalte-se que, em princípio, não foi fixado prazo de decadência nem de prescrição do mandado de injunção, como reconhecem Hely Lopes Meireles, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes (2019). De fato, a Lei 13.300/2016 não fixou nenhum prazo.

2.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A inconstitucionalidade por omissão é um dos temas mais desafiadores para os constitucionalistas. Trata-se de um instrumento que busca efetivar as normas constitucionais. Identificar uma omissão legislativa e solucionar essas lacunas legislativas. Diante de um tema recente, pairam muitas incertezas e inseguranças, ainda há muitas questões em aberto.

Definir o significado, o conteúdo e a natureza dessa ação é imprescindível para entender se esse instrumento é pertinente para a criminalização de condutas. Por ser recente no ordenamento jurídico brasileiro, o Poder Judiciário enfrenta muitas questões, principalmente sobre os seus efeitos. Estudar a omissão inconstitucional é estudar a força normativa da Constituição.

2.2.1 Objeto

O art. 103, § 2º, fala em “omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”. Pedro Lenza (2017) comenta que a omissão pode ser de qualquer um dos Poderes, não somente o Poder Legislativo. O Poder Executivo e o Poder Judiciário podem figurar no polo passivo quando deixarem de regulamentar atos secundários de caráter geral (regulamentos, instruções, resoluções) ou algum aspecto processual em seu Regimento Interno.

A omissão pode ser total ou parcial. A omissão parcial ocorre quando a norma promulgada não satisfaz plenamente o dever constitucional. O atendimento insatisfatório ou incompleto dessa exigência constitucional configura uma inconstitucionalidade. Na omissão parcial, há uma conduta positiva de ato defeituoso ou incompleto no processo de controle de normas, ainda que abstrato (MEIRELLES; MENDES; WALD; 2019, p.537-539).

No julgamento da ADI 1.836 (Brasil, 1998), o STF decidiu que se a norma constitucional que não tinha sido regulamentada vier a ser revogada, a ação deverá ser extinta por perda do objeto. Na ADO 3.682 (Brasil, 2007f), entendendo o STF não haver perda do objeto ante a existência de projetos de lei que visem sanar a omissão constitucional. Destaque-se também o julgamento do MI 395- QO (Brasil, 1992c), no qual foi firmado o entendimento de que não há fungibilidade entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

2.2.2 Competência e legitimidade.

O órgão competente para apreciar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o Supremo Tribunal Federal, de forma originária (art. 103, §2º, c/c, analogicamente, o art. 102, I, “a”).

Os legitimados para a propositura da ADO são os mesmos da ADI genérica. A lei nº 12.063/2009 acrescentou à lei nº 9.868/1999 o art. 12-A, prescrevendo que “podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.”

No mais, o art. 12-B de 9.868/99, acrescentado pela lei 12.063/2009, “a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa” deverá ser indicada na petição inicial. Assim, fica explícito que o objeto de ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve ter, no seu cerne, o descumprimento do dever constitucional de legislar. A omissão pode ser até mesmo um ato de caráter administrativo que constitua óbice à efetividade da Constituição.

O processo de controle abstrato da omissão tem como objetivo a defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Desse modo, não é instrumento adequado à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas. Não se pressupõe, portanto, aqui, a configuração de um interesse jurídico específico ou de um interesse de agir, um direito individual (MEIRELLES; MENDES, WALD, 2019, p. 530).

Ressalve-se que é preciso avaliar a mora legislativa sob o princípio da razoabilidade. Alguns processos legislativos são mais complexos, exigindo maior debate e discussão, a exemplo do código (MEIRELLES; MENDES, WALD, 2019, p. 535 e 536).

2.2.3 Jurisprudência

Em 09.07.2007, julgando a ADI 2.240 (Brasil, 2007e), declarou a inconstitucionalidade, sem pronúncia da nulidade, da Lei 7.619/2000 do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, e manteve a vigência da citada lei pelo prazo de 24 horas, lapso temporal razoável para o legislador estadual

reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros da lei complementar federal a ser editada.

Ao julgar a ADI 3.682 (Brasil, 2007f), entendeu o STF que a *inertia deliberandi* também configura omissão passível de vir a ser reputada inconstitucional se os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação. No caso, fixou-se o prazo de 18 meses para o Congresso Nacional adotar todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4º, da CF (Emenda Constitucional 15/1996), devendo contemplar as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão.

Nas ações diretas de inconstitucionalidade nº 875/DF (Brasil, 2010a), nº 2.727/DF (Brasil, 2010b), nº 1.987/DF (Brasil, 2010c) e nº 3.243/DF (Brasil, 2010d), foi discutida a inconstitucionalidade do artigo 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único da Lei Complementar nº 62/1989.

Na ação direta de inconstitucionalidade 1.987/DF (Brasil, 2010c), de autoria do Governo do Estado do Mato Grosso, pretendia-se que o Legislativo Federal cumprisse com o disposto no artigo 161, II, da Constituição Federal, estabelecendo critérios para a repartição dos recursos componentes do FPE. Também de autoria do governo de Mato Grosso, na ação direta de inconstitucionalidade 3.243 (Brasil, 2010d), queria a declaração de inconstitucionalidade total, fundamentada na inexistência de parâmetros adequados para a primeira se requeria a declaração de inconstitucionalidade por omissão da Lei Complementar 62/1989 ao argumento de que estaria em mora o Legislativo federal em cumprir com regularidade o disposto no art.161, II, da CF, por não estabelecer critérios bastantes para a repartição dos recursos componentes do FPE. Na segunda, com objeto e parâmetro de controle idênticos, pedia o arguente a declaração de inconstitucionalidade total da lei complementar fundado na mesma causa de pedir, ou seja, na inexistência de parâmetros adequados para a operação da participação de recursos do Fundo de Participação.

Na ação direta de inconstitucionalidade nº 875/DF (Brasil, 2010a), proposta pelos Governadores dos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina, questionava-se a constitucionalidade dos critérios utilizados para a partição tributária em questão.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 2.727/DF (Brasil, 2010b) foi proposta pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, em face dos parágrafos 1º, 2º e 3º, todos do art. 2º, e do Anexo Único, da Lei Complementar nº 62/1989 e também questionava a ausência de legislação específica para fixação dos critérios de rateio.

O Supremo Tribunal Federal, acompanhando a manifestação do Relator Gilmar Mendes, julgou procedentes as ações por ação e por omissão. O Ministro relator destacou a fungibilidade entre a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e por ação no presente caso, uma vez que ambas eram ações do controle concentrado.

2.2.4 Procedimento

A lei nº 9.868/99 disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está disciplinada no capítulo II-A da referida lei. No artigo 12-B, diz-se que a petição indicará a omissão inconstitucional total ou parcial e o pedido, com suas especificações. Caso a petição inicial não contemple todos os requisitos exigidos, poderá ser liminarmente indeferida pelo relator, cabendo agravo de instrumento em face dessa decisão, nos termos do artigo 12-C. Como não se trata de um processo subjetivo, não será admitida a desistência do processo, consoante o artigo 12-D.

É admitida a medida cautelar, em caso excepcional de urgência e relevância da matéria, por decisão da maioria absoluta dos seus membros, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional. A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal, conforme o artigo 12-F.

2.2.5 Efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO)

Um dos principais questionamentos a respeito dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade é a possibilidade de elaboração de leis pelo Supremo Tribunal Federal.

José Afonso da Silva (2005), por sua vez, tece críticas ao legislador por ter desperdiçado uma oportunidade de ter incluído o cidadão como legitimado ativo, a exemplo da ação popular, de não ter instituído um Tribunal Constitucional e de não ter avançado muito mais do que a Constituição Portuguesa nos seus efeitos de sua decretação de inconstitucionalidade.

O § 2º do art. 103 da Constituição Federal prescreve que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, deverá ser dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. Tratando-se de órgão administrativo o prazo para fazê-lo em trinta dias ou em prazo razoável nos termos do artigo 12-H, §1º, da Lei nº 9.868/99, dependendo do interesse público e das circunstâncias específicas.

Pedro Lenza (2017) advoga que o parágrafo 2º, art. 103, da Constituição Federal pode ser interpretado de duas maneiras: (a) ou o prazo foi estabelecido apenas para o órgão administrativo, não podendo o STF fixar prazo para o Legislativo ou outro Poder omissor; (b) ou o prazo pode ser fixado pelo Judiciário tanto para o órgão administrativo como para o Legislativo ou outro órgão omissor.

É importante destacar o acórdão do ADO 3.682 (Brasil, 2007e). Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, em face do Presidente da República e do Congresso Nacional, em virtude da não-elaboração da Lei Complementar a que se refere o §4º do artigo 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constituição nº 15/1996.

Em seu voto, o Ministro Relator destacou que:

omissão legislativa em relação à regulamentação do artigo 18, §4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. (ADO 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.05.2007, DJ de 06.09.2007)

Também observou que várias técnicas, no direito alemão, para afastar a omissão legislativa, como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (*Unvereinbarerklärung*) ou o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*). A

primeira consistia na manutenção da lei apesar da declaração de inconstitucionalidade; a segunda, no apelo ao legislador para apreciar determinada situação, ainda constitucional, para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade.

A ação foi julgada procedente, sendo declarada a mora do Congresso Nacional, da Constituição Federal e fixado um prazo razoável de 18 (dezoito) meses para a adoção de medidas legislativas necessárias ao cumprimento do artigo 18, §4º, da Constituição Federal. Para os municípios, fixou-se um prazo de 24 (vinte e quatro). Essa diferença de 6 (seis) meses seria para que os municípios corrigissem os seus vícios formais, sob pena de não mais existirem.

Diante desse contexto, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 57/2008 que, acrescentando o artigo 96 ao ADCT, convalidou os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação”.

Pedro Lenza (2017) comentou que a emenda constitucional nº 57/2008 violou a decisão do STF. A decisão consistia em um “apelo” para elaborar a lei complementar, corrigindo o vício apontado. Na visão do autor, é difícil aceitar a “constitucionalidade superveniente” de Municípios que foram criados sem o plebiscito e sem o estudo de viabilidade municipal.

Conclui-se que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um instrumento de combate que possui técnicas para eliminação da norma do ordenamento jurídico, a exemplo da inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (*Unvereinbarerklärung*).

3 CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS

O princípio da legalidade é um princípio basilar do direito penal. Conforme será exposto adiante, trata-se de uma garantia contra o arbítrio estatal. Parcela considerável da doutrina aponta a Revolução Francesa como origem do referido princípio. Nos mais, levantaram-se os fundamentos constitucionais, infraconstitucionais, o conceito e acórdãos sobre o princípio da legalidade. Este princípio se desdobra em outros princípios correlatos, destacando-se especialmente a analogia *in malam partem*.

O mandado de criminalização é essencial, haja vista que foi um dos fundamentos utilizados para que fossem julgados procedentes a ADO 26 e o MI 4733. Através do seu conceito e do seu histórico, pode-se compreender melhor os argumentos encampados sobre o mandado de criminalização.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Rogério Sanches Cunha (2020, p.102) comenta que a maioria dos estudiosos do Direito Penal aponta o contrato social do período iluminista como fundamento histórico de origem, mas uma corrente minoritária aponta como origem o Direito romano ou a Carta do Rei João Sem Terra.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade penal encontra sua previsão no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal. Por se tratar de um direito fundamental, não pode ser objeto de emenda que o pretenda abolir, nos termos do art. 60, § 4º, IV, sendo uma cláusula pétrea.

Cléber Masson (2020) preceitua que o referido princípio clama a exclusividade da lei para a criação de delitos e contravenções penais. Examinando o significado da palavra crime, conclui que se trata de conceito genérico no Código Penal e na Constituição Federal, possuindo três fundamentos: jurídico, político e democrático. O fundamento jurídico é a taxatividade, consistindo na determinação precisa do legislador do conteúdo e da sanção penal. Como consequência, não se admite a analogia *in malam partem*. O fundamento político é a proteção do indivíduo frente ao livre arbítrio do Poder Estatal. O fundamento democrático é a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional.

Se são três os fundamentos do princípio da legalidade, as suas funções são quatro nos ensinamentos de Rogério Greco (2005, p.146): proibir a retroatividade da lei penal; proibir a criação de crimes e penas pelos costumes; proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; proibir incriminações vagas e indeterminadas.

Rogério Greco (2005) também ensina que o princípio da legalidade proíbe a analogia *in malam partem* para criar hipóteses, inclusive novas causas de aumento de pena ou de circunstâncias agravantes. O intérprete não pode se valer de uma hermenêutica para abarcar fatos semelhantes para prejudicar o agente (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*).

Rogério Sanches da Cunha (2020, p. 109) destaca que o princípio da legalidade pode ser compreendido sob os aspectos formal e material. A legalidade formal consiste na obediência aos trâmites procedimentais. Para além do respeito aos trâmites procedimentais, a legalidade material preza pelo respeito ao conteúdo da Constituição Federal e dos tratados internacionais de direitos humanos.

Em sociedades cada vez mais complexas, o princípio da legalidade não se resume à observância do aspecto procedimental. Deve ser compreendido como uma garantia frente ao poder do Estado, relacionado aos direitos fundamentais da primeira geração. Nesse sentido, Ferrajoli (2000, p.287-288) explana que a concepção estritamente formal que, nos Estados modernos, a validade de leis, dos regulamentos, sentenças e atos administrativos devem ser compatíveis com normas superiores. Desse modo, a validade não dependeria apenas de aspectos formais. Os estados constitucionais modernos incorporaram em seu direito positivo valores do jusnaturalismo racionalista e iluminista como o princípio da igualdade, da pessoa humana e dos direitos civis e políticos. O Estado de direito se fundamenta politicamente na função de garantia dos direitos fundamentais por meio de sanções de anulabilidade dos atos inválidos por violação das leis constitucionais válidas.

Corroborando com essa linha de reflexão, Rogério Greco (2005) ensina que a Revolução Francesa alçou o princípio da legalidade nos moldes do Direito Penal, como se pode perceber nos artigos 7º, 8º e 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Destaca que esse princípio estava 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 fim, destaque-se que a doutrina diferencia o princípio da legalidade e da reserva legal. Enquanto o princípio da legalidade serve para elencar quaisquer das espécies legislativas expostas no artigo 59 da Constituição Federal, o princípio da reserva legal somente admite como forma legislativa a lei complementar e a lei ordinária, conforme explica Rogério Greco:

Alguns autores, a exemplo de Flávio Augusto Monteiro de Barros, procuram levar a efeito uma distinção entre o princípio da legalidade e o da reserva legal.

Segundo parte da doutrina, a doutrina residiria no fato de que, falando-se tão somente em princípio da legalidade, estaríamos permitindo a adoção de quaisquer dos diplomas elencados pelo art. 59 da Constituição Federal (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções); ao contrário, quando fazemos menção ao princípio da reserva legal, estamos limitando a criação legislativa, em matéria penal, tão somente às leis ordinárias- que é a regra geral- e às leis complementares.

Acreditamos que o melhor seria restringir ainda mais a possibilidade de edição de diplomas penais, ficando limitada tal possibilidade às leis complementares, tal como ocorre na Espanha, que adota as chamadas Leis Orgânicas, que lhe são equivalentes. Assim, com a exigência de um *quorum* qualificado para a sua aprovação (maioria absoluta, de acordo com o art. 69 da CF), tentaríamos, de alguma forma, conter a “fúria do legislador”, evitando a tão repugnada *inflação legislativa*. (GRECO, 2005, p.154 e 155)

Essa distinção entre sentido amplo e sentido estrito permite compreender o princípio da legalidade com maior profundidade e relacioná-lo com outros princípios do direito penal, conforme será demonstrado a seguir. É importante destacar que a emenda constitucional 32/2001 alterou a redação do art.62, proibindo expressamente a edição de medidas provisórias sobre matéria a direito penal e processual penal, em seu § 1º, I, b.

3.2 PRINCÍPIOS DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL E DA PROIBIÇÃO DA ANALOGIA PENAL *IN MALAM PARTEM*

Luigi Ferrajoli (2005) relaciona o princípio da legalidade² em seus sentidos amplo e estrito, respectivamente, aos princípios da irretroatividade da lei penal e da

² Rogério Sanches comenta (2020, p. 104-108) que o princípio da legalidade se desdobra em postulados: (a) não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei; (b) não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei anterior; (c) não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei escrita; (d) não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei estrita; (e) não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança), sem lei certa; (f) não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei necessária.

proibição da analogia penal *in malam partem*. De acordo com os seus ensinamentos, o princípio da legalidade pode ser relacionado a outras duas garantias mais específicas: o princípio da irretroatividade das leis penais e o princípio de proibição de analogia penal *in malam partem*.

Em sua concepção, não é possível que haja uma transgressão à lei penal, sem que esta esteja previamente definida. Desse modo, o agente que vier a praticar uma conduta que só posteriormente seja definida como crime não será responsabilizado. Se não existia nenhuma proibição legal à época dos fatos, lei posterior não poderá responsabilizar por condutas pretéritas. Luigi Ferrajoli expõe que:

A irretroatividade das leis penais é um corolário do princípio de mera legalidade, cuja formulação completa é *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*. Se "a pena", afirma Hobbes, "supõe um fato considerado pela lei como sendo uma transgressão", "o dano infligido por um fato cometido antes de existir uma lei que o proíba não é um fato punível, mas um ato de hostilidade, pois antes da lei não existe transgressão da lei"; por isso "nenhuma lei elaborada depois de realizar-se uma ação pode fazer dela um delito". Por outro lado, o princípio de irretroatividade costuma vir contemplado nos textos constitucionais juntamente com o princípio de legalidade: "ninguém pode ser punido se não em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito", diz o art. 5.º da Declaração de 1789; e o art. 25 da Constituição italiana repete: "ninguém pode ser castigado senão em virtude de uma lei que tenha entrado em vigor antes do fato praticado". Está claro que "a lei prévia" exigida por tais princípios é somente a lei propriamente penal, quer dizer, desfavorável ao réu. Os mesmos motivos pelos quais esta deva ser irretroativa - a injustificabilidade de agravamentos não predeterminados legalmente ou que não se consideram mais necessários -, determinam que a lei penal mais favorável ao réu deva ser ultra-ativa em relação à mais desfavorável, se é mais antiga que esta, e retroativa, se é mais nova.⁶⁴ Além disso, do ponto de vista externo, não há nenhuma razão para que a irretroatividade e a não ultra-atividade das leis penais mais desfavoráveis ao réu e a retroatividade e a ultra-atividade das mais favoráveis devam encontrar o limite da coisa julgada. (FERRAJOLI, 2005, p.307)

O princípio da legalidade não é absoluto, comportando exceções. A lei mais benéfica ao réu deve retroagir. Francisco de Assis Toledo (1994, p. 35 e 36) elenca as hipóteses nas quais a lei seria mais benéfica: (a) uma pena cominada mais branda, por sua natureza, quantidade, critérios de aplicação e dosimetria da pena ou modo de execução; (b) forem criadas novas circunstâncias atenuantes, causas de diminuição da pena ou benefícios relacionados com a extinção, suspensão ou dispensa de execução da pena, ou, ainda, maiores facilidades para o livramento

condicional; (c) forem extintas circunstâncias agravantes, causas de aumento de pena ou qualificadoras; (d) se estabelecerem novas causas extintivas da punibilidade ou se ampliarem as hipóteses de incidência das já existentes, notadamente quando são reduzidos prazos de decadência, de prescrição, ou se estabelece modo mais favorável de contagem de prazos; (e) se extinguirem medidas de segurança, penas acessórias ou efeitos da condenação; (f) forem ampliadas as hipóteses de inimputabilidade, de atipicidade, de exclusão da ilicitude, de exclusão da culpabilidade ou de isenção de pena.

A analogia, por sua vez, é um método de integração, como bem define Rogério Greco (2005), que consiste em aplicar a analogia como uma forma de autointegração da norma, consistente em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição legal relativa a um caso semelhante.

Esse método de integração se torna problemático na seara penal. O princípio da proibição da analogia, em síntese, prima pela clareza e objetividade da norma penal para evitar que haja qualquer dubiedade da lei penal. Luigi Ferrajoli o enxerga como sendo corolário do princípio da legalidade escrita:

A proibição da analogia, ao contrário, é um corolário do princípio de estrita legalidade. Na medida em que seja possível afirmar que as figuras típicas penais definidas pelas leis, graças a sua adequação ao princípio de estrita legalidade, são verdadeiras ou falsas em relação aos fatos que se examinam, é obvio que não há lugar para o raciocínio analógico. Inversamente, o uso por parte da lei, em contraposição ao princípio de estrita legalidade, de fórmulas elásticas ou carentes de denotação determinada permite a chamada "analogia antecipada".

Também em relação à proibição de analogia há que se distinguir dentre as leis penais aquelas que são favoráveis ou desfavoráveis ao réu. A analogia encontra-se excluída se é *in malam partem*, enquanto é admitido caso seja *in bonam partem*, ao estar sua proibição dirigida, conforme o critério geral do favor rei, a impedir não a restrição, mas somente a extensão por obra da discricionariedade judicial do âmbito legal da punibilidade. Disso segue-se em termos mais gerais o dever de interpretação restritiva e a proibição de interpretação extensiva das leis penais. "Não está permitido estender as leis penais", escreveu Francis Bacon, "a delitos não contemplados expressamente"; e "é cruel atormentar o texto das leis para que estas atormentem os cidadãos". (FERRAJOLI, 2005, p.307 e 308)

A analogia *in malam partem*, na concepção de Rogério Greco (2005), ocorre quando é ampliado o rol de circunstâncias agravantes ou o conteúdo dos tipos penais incriminadores, a fim de abranger hipóteses não previstas expressamente pelo legislador etc. Francisco de Assis Toledo também destaca que a analogia pode ser sob o aspecto da lei ou do direito:

Outro corolário do princípio da legalidade é a proibição da aplicação da analogia para fundamentar ou agravar a pena (analogia *in malam partem*). A analogia, por ser uma forma de suprirem-se as lacunas da lei, supõe, para sua aplicação, a inexistência de norma legal específica. Baseia-se na semelhança.

Estando regulamentada em lei uma situação particular, aplica-se por analogia essa mesma regulamentação a outra situação particular, semelhante mas não regulamentada. É uma conclusão que se extrai do particular para o particular. Conclui a respeito de um caso o que se aplica a outro semelhante. Um exemplo, citado por Engisch, é a aplicação da eficácia justificadora do consentimento do ofendido, em certas lesões corporais, para excluir igualmente o crime na privação da liberdade (cárcere privado), sob fundamento de que a ofensa corporal e a privação da liberdade apresentam certas semelhanças, de sorte que aquilo que for justo para a primeira sê-lo-á igualmente para a segunda.

A analogia pode ser considerada sob o aspecto da lei ou do direito. No primeiro caso, parte-se de um preceito legal isolado; no segundo, parte-se de um conjunto de normas extraem-se delas o pensamento fundamental ou princípios que as informam para aplicá-los a caso omissis, semelhante ao que encontraria subsunção natural naquelas normas ou princípios. (TOLEDO, 1994, p.26)

Francisco de Assis Toledo (1994) ainda distingue que a analogia *in malam partem* da analogia *in bonam partem*. A primeira consistiria na subsunção de um fato semelhante a outro previsto em lei ou na agravação em desfavor do agente. A analogia *in bonam partem* consiste na não aplicação ou na diminuição da pena. Entretanto, ressalta ser válida a interpretação extensiva, que é uma ampliação do espectro de incidência da norma legal. Diferencia-se a interpretação extensiva/analógica da analogia *in malam partem* porque a ampliação está contida *in potentia*.

O STF já se manifestou a respeito desses princípios. No julgamento do HC 95.078 (Brasil, 2009a) firmou o entendimento de que só é possível a imputação de causa de aumento de pena por inobservância de regra técnica de profissão, objeto do disposto no art.121, §4º, quando fundada na descrição de fato diverso daquele que constitui o núcleo da ação culposa. Consta no voto do Relator Min. Cezar Peluso que o intérprete não pode criar figura típica sob pena de violação ao princípio da legalidade. Considerou-se que a mesma conduta serviu à denúncia como fundamento da culpa e da causa de aumento da pena, configurando *bis in idem*.

3.3 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Nas palavras de Gustavo Coelho Andrade (2019), os mandados de criminalização são deveres ou obrigações estatais de criação, não revogação e aplicação do Direito Penal. A doutrina também se utiliza de termos como obrigações tácitas e expressas de criminalização, cláusulas ou deveres de criminalização, imposições constitucionais de tutela penal, obrigações positivas de criminalização, obrigações positivas em matéria penal, ou mandados de penalização.

Gustavo Coelho de Andrade (2019) também aponta uma mudança do perfil dos Estados. No começo do século XIX, possuíam um perfil liberal, o qual se caracterizava pela abstenção estatal em favor da liberdade individual, mas, a partir da segunda metade do século XX, passou a adotar um perfil social caracterizado por uma prestação positiva que garanta um mínimo existencial. Assim, os direitos humanos previstos no plano internacional passam a ser vistos não apenas como direitos de defesa do indivíduo contra o Estado.

Cléber Masson (2020) comenta que a Constituição brasileira seguiu o modelo de constituições europeias, a exemplo da alemã, da espanhola, da italiana e da francesa. São hipóteses de intervenção obrigatória do legislador penal. Trata-se de uma aplicação mínima do direito penal que tutele os direitos humanos, surgindo nessa mescla o princípio da vedação da proibição da proteção deficiente.

Da mesma maneira que o Estado não pode se exceder no campo penal, não pode haver uma proteção deficiente. Parte-se da premissa que um Estado Democrático de Direito não pode se omitir na proteção de direitos humanos, sob pena de proteção deficiente dos direitos humanos ratificados pelo Brasil. O princípio da vedação da proteção deficiente na esfera criminal se funda no dispositivo constitucional que trata do Estado Democrático de Direito e da promoção da dignidade da pessoa humana, quais sejam, artigo 1º, caput e inciso III (RAMOS, 2020, p. 551 e 552).

Como exemplo dessa faceta harmoniosa entre os direitos humanos e o direito penal, pode-se citar o crime de racismo. No Brasil, o crime de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional estão tipificados na lei 7.716/1989. A Constituição dispensou um tratamento diferente ao prescrever que os crimes de discriminação por raça são inafiançáveis, imprescritíveis e sujeitos à pena de reclusão diante da previsão constitucional do artigo 5º, XLII. Os crimes de discriminação por religião ou procedência nacional não possuem o mesmo rigor.

No julgamento do Habeas Corpus nº 82.424 (Brasil, 2004), o STF rechaçou a tese de racismo estrito. No caso em questão, tratou-se a publicação de obras antissemitas configuraria racismo. A defesa alegou que tal conduta não seria racismo porque judeus não seriam uma raça. Sendo assim, a pena do artigo 20 da lei nº 7.716 aplicada aos réus estaria prescrita, uma vez que não gozariam da imprescritibilidade do art. 5º, XLIV, da Constituição. O STF entendeu que o crime de discriminação por religião concretiza crime de racismo.

Por fim, ressalta-se que há uma classificação doutrinária entre mandados de criminalização expressos e implícitos. Carlos Gustavo Coelho de Andrade classifica os mandados em implícitos ou expressos:

Denominam-se explícitos, ou expressos, caso decorram de previsão explícita, ou expressa, do texto constitucional (ou tratado internacional). Assim, são mandados constitucionais expressos de criminalização, por exemplo, os preceitos do art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, e do art. 7º, X, da CRFB/88, que determinam a criminalização (e em alguns casos estabelece regime penal mais rigoroso) do racismo, da tortura, do tráfico ilícito de drogas, do terrorismo, dos crimes hediondos, da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e da retenção dolosa do salário. (ANDRADE, 2019, p.10-11)

Cléber Masson (2020, p.22) cita o combate eficaz à corrupção eleitoral como exemplo de mandado tácito de criminalização e a lei 13.260/2016, que regulamentou o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal como tipificação de um mandado de criminalização.

4 ATIVISMO JUDICIAL.

O ativismo judicial ajuda a compreender a influência progressista em prol de grupos minoritários. O Supremo Tribunal Federal se posicionou favoravelmente em defesa de minorias diversas a exemplo das mulheres, dos negros e dos indígenas, valendo-se de uma hermenêutica criativa. Nesses julgamentos, foi possível constatar o uso da interpretação sociológica, adequando a normatividade jurídica à realidade social.

Assim como nesses casos, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 26 e o mandado de injunção (MI) 4733 envolvem questões de direitos fundamentais para a defesa de minorias, nos quais também foi possível notar a influência da fatores sociais para a interpretação das normas jurídicas. Diante desse contexto, faz-se necessário analisar o fenômeno do ativismo judicial.

4.1 ORIGEM, CONCEITO E CRÍTICAS

A expressão “jurisdição constitucional”, nas palavras de Luís Roberto Barroso (2018, p.232), significa “a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais”. No Brasil, essa função é atribuída ao Poder Judiciário através dos órgãos judiciais. A sua aplicação pode ser de maneira indireta ou direta.

Esta seria a aplicação da Constituição às situações nela contempladas e aquela ocorreria por meio de parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (BARROSO, 2018, p.232).

A jurisdição constitucional está relacionada a outro fenômeno: o ativismo judicial. Esse é um modo específico e proativo de interpretar a Constituição. A expressão “ativismo judicial” é oriunda dos Estados Unidos para designar uma jurisprudência progressista na temática de direitos fundamentais, sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial (BARROSO, 2018, p. 234). Em síntese, o ativismo designa decisões do Poder Judiciário que interferem nos demais poderes, podendo ter um viés progressista ou conservadora. Na concepção do Ministro, o

ativismo se instala onde há uma crise de identidade entre o Poder Legislativo e a sociedade civil e ganha maiores proporções no Brasil:

No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas. (BARROSO, 2018, p.233).

A autocontenção judicial é a conduta oposta, na qual o Judiciário diminui sua influência sobre as ações dos outros Poderes (BARROSO, 2018, p.235). Abre-se mais espaço à atuação dos Poderes Políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos. A respeito da diferença entre os dois métodos, Luís Roberto Barroso comenta que:

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos. (BARROSO, 2018, p.235)

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em sua dissertação de mestrado, expõe alguns fatores que contribuíram para o avanço do ativismo no Supremo Tribunal Federal:

O primeiro conjunto de fatores que explica o avanço do ativismo judicial do Supremo é de ordem institucional. Como descrito ao longo deste capítulo (itens 3.1, 3.2, supra), novos desenhos institucionais, estabelecidos pelo Texto Constitucional originário de 1988, por emendas constitucionais (principalmente, a EC 45/2004) e por leis ordinárias (destacadamente, as Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99), fortaleceram a jurisdição, ampliaram o acesso ao poder decisório do Supremo, oportunizando sua ascensão institucional. Não se tratou, no entanto, apenas de uma mudança radical da estrutura do controle de constitucionalidade, mas de estrutura de oportunidades de uma nova dinâmica de interpretação constitucional e de construção da ordem jurídica. Com os desenhos institucionais pós-88, máxime a disciplina dos legitimados para deflagrar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, novos atores políticos e sociais ganharam a chance de participar da configuração da ordem jurídica e de construção dos significados constitucionais e isso por meio de ações impetradas. (CAMPOS, 2012, p.242)

Além desses fatores, destaca a conquista da independência funcional pelo Procurador-Geral da República que, com a Constituição de 1988, em relação ao Presidente da República. Após a Constituição de 1988, o Procurador-Geral só pode ser destituído se autorizado por maioria absoluta do Senado Federal, e isso tem feito toda a diferença (CAMPOS, 2012, p.242).

Luís Roberto Barroso (2018, p.233) também credita a judicialização a fatores de cunhos sócio-políticos: o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas; a desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral; e a preferência pelos atores políticos de que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014) analisa a relação entre direito e política. Se por um lado as decisões ativistas interferem direta e indiretamente nas decisões políticas, do outro as cortes também têm a necessidade de se ajustarem ao ambiente político em que estão inseridas. As cortes, muitas vezes, decidem influenciadas pelo comportamento de outras instituições e dos poderes políticos. Quanto mais hostil for o cenário político, a tendência é que a postura judicial seja mais passiva; ao contrário, um cenário político de liberdade decisória é um terreno fértil para o ativismo judicial.

O ativismo judicial pode ser identificado por diferentes critérios. De acordo com o critério quantitativo, analisa-se o número de decisões da Corte Suprema que declarou a inconstitucionalidade de leis. Carlos Alexandre de Azevedo Campos critica esse método:

Diante da relevância, da complexidade hermenêutica e da alta sensibilidade das decisões cruciais que compõem o principal quadro de decisões ativistas, o tema deve ser visto sob um ângulo predominantemente qualitativo. O ativismo judicial deve ser identificado e “medido” principalmente por critérios qualitativos. Não é possível uma “medida” segura de ativismo judicial apenas por critérios quantitativos como a frequência com que uma corte julga inconstitucionais os atos normativos dos outros poderes ou supera precedentes de “cortes anteriores”. Segundo alguns autores, é possível “medir” o ativismo judicial levando-se em conta quantas vezes uma corte declarou a inconstitucionalidade de leis. Para esses autores, quanto maior o número de julgamentos de inconstitucionalidade menor será a disposição da corte em ser deferente ao legislador e, por isso, maior será sua disposição de ser ativista. Para esses autores, quanto maior o número de julgamentos de inconstitucionalidades menor será sua disposição da corte em ser deferente ao legislador e, por

isso, maior será sua disposição de ser ativista. Contudo, esse método nivela todas as decisões judiciais, ignorando a diferença de importância entre as leis declaradas inconstitucionais, o nível diverso de esforço criativo-hermenêutico empregado e o maior ou menor impacto político e social das matérias julgadas. (CAMPOS, 2014, p.147)

Outra corrente, entretanto, defende que o ativismo judicial deve ser medido pelo critério qualitativo. Para essa corrente, o método quantitativo apresenta o inconveniente de não distinguir a importância entre as leis declaradas inconstitucionais, o nível diverso de esforço criativo-hermenêutico empregado e o maior ou menor impacto político e social das matérias julgadas (CAMPOS, 2014, p.147).

Essa parte da doutrina considera que, para a identificação do ativismo judicial, é necessária a adoção de critérios como o nível de densidade normativa das disposições constitucionais utilizadas como parâmetros de validade e o grau de relevância social e político dos temas julgados (CAMPOS, 2014, p.148).

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014) comenta que o ativismo é comumente empregado em sentido pejorativo. Na doutrina enxerga a relação entre o ativismo judicial e legitimidade em níveis distintos. A concepção mais difundida é a que equipara ativismo judicial com ilegitimidade. Sob essa ótica, as decisões ativistas usurariam os poderes políticos dos órgãos legitimados pela vontade popular. O ativismo judicial seria uma espécie do gênero arbítrio judicial.

A primeira crítica é a falta de deferência de cortes e juízes às autoridades dos outros poderes e instituições. Deferência significa a margem de conformidade- ou também latitude- deferida pela Poder Judiciário às decisões dos demais Poderes. Trata-se de um controle rígido de legitimidade exercido pelo Judiciário sobre os atos dos demais poderes que interfere na sua discricionariedade.

Os órgãos judiciais justificam essa “falta de deferência” às decisões e ao comportamento dos outros poderes por meio da “letra da lei”. A crítica à falta de certa discricionariedade pelos órgãos judiciais aos demais Poderes consiste na falta de compreensão das necessidades e da realidade institucional do Legislativo, do Executivo e das relações entre esses poderes. Diante do desconhecimento dessa realidade, expedem ordens impraticáveis e inexecutáveis do ponto de vista prático, embora alicerçadas em fundamentos teóricos plausíveis.

Outra objeção oposta ao avanço do Poder Judiciário (BARROSO, 2018, pág.235) diz respeito ao modo de investidura. Juízes e membros dos tribunais não

são agentes públicos eleitos pela vontade popular. Ao invalidar atos do Legislativo ou do Executivo ou impor dever de atuação, o Judiciário desempenha um papel político. Ao sobrepor decisões judiciais às dos agentes políticos eleitos, ocorre o que se Luís Roberto Barroso (2018, p. 236) denomina de “dificuldade contramajoritária”, ou seja, agentes não investidos pela vontade popular estariam invalidando atos de agentes que representam a vontade popular. Para além dessa crítica de cunho político, há críticas de cunho ideológico. Sob essa ótica, a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária (BARROSO, 2018, p. 235 e 236).

Essa elitização do Poder Judiciário é favorecida pela linguagem e métodos próprios da ciência jurídica (BARROSO, 2018 p.236). Esse domínio técnico e específico não é acessível à grande parte da população. Desse modo, os debates se tornam elitizados e os que não dominam a linguagem do direito ficam alheios à discussão. A transferência do debate público para o Judiciário promove a politização dos tribunais, fazendo com que um discurso técnico ceda lugar a um discurso passional e apelativo.

Afora o modo de investidura e a dificuldade contramajoritária, questiona-se a qualificação do Poder Judiciário para ser o árbitro mais adequado. Ainda que tenha a última palavra, isso não significa que tudo deva ser decidido em um tribunal. Os juízes podem não ser os árbitros mais adequados em temas técnicos ou científicos de grande complexidade. Essa crítica merece ser analisada sob duas óticas: a capacidade institucional e os efeitos sistêmicos (BARROSO, 2018, p.237).

A capacidade institucional significa a capacidade de produzir a melhor decisão. O Poder Judiciário pode não ser a melhor instituição para decidir sobre determinada matéria. O magistrado também deve ser capaz de avaliar o impacto social, político ou econômico de suas decisões, sobretudo os imprevisíveis e/ou indesejáveis, para além da microjustiça- a justiça no caso concreto (BARROSO, 2018, p. 236). Isso é o que se chama da capacidade de analisar os efeitos sistêmicos.

Diante do poder sobre os demais atores e das decisões de grandes questões morais e políticas, as cortes comportam-se como autênticos atores políticos. Assim, as cortes ativistas participam, direta ou indiretamente, da formação da vontade política predominante. As cortes podem servir como aliada para o governo através

da legitimação de medidas da política majoritária ou decidindo em seu lugar questões que lhe causariam sérios custos políticos ou como opositora por meio das invalidações e das imposições (CAMPOS, 2012, p.141).

As cortes são influenciadas pelo comportamento de outras instituições e dos poderes políticos. Quanto mais hostil for o cenário político, a tendência é que a postura judicial seja mais passiva; ao contrário, um cenário político de liberdade decisória é um terreno fértil para o ativismo judicial (CAMPOS, 2012, p.141).

Entretanto, uma parcela da doutrina sustenta que a decisão judicial ativista seria uma espécie da decisão judicial legítima, fruto de uma atividade criativa exercida dentro da zona racional de criação judicial do direito. Os juízes ativistas não ficam restritos ao sentido literal das constituições. Ao contrário, eles exploram a plasticidade das normas constitucionais e as possibilidades de juízos políticos. Esses juízes procuram manter a constituição compatível com as circunstâncias sociais de uma sociedade e a interpretação criativa de normas constitucionais indeterminadas seria um meio importante meio para cumprir esse papel (CAMPOS, 2012, 146).

4.2 DECISÕES ATIVISTAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo adotou posicionamentos ativistas ao interpretar a Constituição em questões envolvendo direitos fundamentais. Houve uma ascensão da jurisprudência em torno dos direitos de grupos minoritários.

No julgamento do Recurso Extraordinário 597.285/RS (Brasil, 2013), discutiu-se à luz dos artigos 5º, caput; 22, XXIV; 37, caput; 205; 206, I; e 208, V, da Constituição Federal, bem como do princípio da proporcionalidade, a constitucionalidade, ou não, do sistema de reserva de vagas, como forma de ação afirmativa de inclusão social, estabelecido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Em seu voto, o ministro-relator Ricardo Lewandowski considerou que, embora não existisse lei específica que tratasse do sistema de cotas, havia toda uma base normativa legal que autorizava o uso de ações afirmativas, conforme ressaltou na ADPF 186/DF (Brasil, 2014).

Na ação de descumprimento de preceito fundamental ADPF 186 (Brasil, 2014), o Partido Democratas questionou atos (resoluções, atas de reunião, editais de vestibular, entre outros) da Universidade de Brasília que instituíram o

sistema de cotas raciais. Por unanimidade, o STF decidiu pela constitucionalidade do sistema de cotas. Em seu voto, o ministro relator Ricardo Lewandowski apontou como argumento o princípio da igualdade previsto no artigo 5º, caput, da Constituição e o princípio da isonomia. A ação afirmativa, segundo o Ministro-Relator, é essencial para calibrar os critérios de seleção à universidade para que se possa dar concreção aos objetivos maiores colimados na Constituição. No mais, considerou que as universidades públicas não constituem apenas núcleos de excelência para a formação de profissionais destinados ao mercado de trabalho, mas representam também um celeiro privilegiado para o recrutamento de futuros ocupantes dos altos cargos públicos e privados do País.

Ante o exposto, a ADPF foi julgada improcedente, pois foi considerada constitucional a política de cotas adotada pela Universidade de Brasília pelos seguintes argumentos em seu dispositivo: (i) objetiva estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revela proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) é transitória e prevê a revisão periódica de seus resultados, e (iv) emprega métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana.

O STF não possui um julgado a respeito do casamento homoafetivo, mas já afirmou em plenário que é possível a união estável homoafetiva na ADPF 132 (Brasil, 2011a) cuja relatoria foi do Ministro Ayres Britto.

A doutrina defende que o casamento pode ser celebrado entre pessoas de mesmo sexo. O Enunciado 601 da VII Jornada de Direito Civil do CJF/STJ declara que “é existente e válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo.” Desse modo, o artigo 1.514 do código civil estabelece um rol exemplificativo ao prescrever que o casamento se realiza entre um homem e uma mulher.

Os Cartórios de Registros Cíveis de Pessoas Naturais são obrigados a realizar o casamento homoafetivo se os demais requisitos legais estiverem atendidos, conforme a Resolução 175/2013³ do CNJ. Logo no artigo 1º⁴ dessa Resolução, veda-se às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de

³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 175/2013. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2013]. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf. Acesso em: 02 maio. 2022

⁴ Art. 1º: É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo

casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. No seu artigo 2^o, prescreve-se que a recusa prevista no artigo 1^o implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor.

O Caso “Raposa Serra do Sol” também foi um marco importante na defesa da minoria indígena. Trata-se de ação popular 3.388 (Brasil, 2009b) proposta por Senador da República, impugnando o modelo de demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. Sustentou-se a existência de vícios no processo administrativo de demarcação, além do fato de que a demarcação contínua traria consequências desastrosas para o Estado de Roraima e comprometimento da segurança e soberania nacionais. No mérito, pediu-se a declaração de nulidade da Portaria n. 534/2005 ⁶do Ministro da Justiça e do Decreto de homologação da demarcação. A ação foi adjudicada ao STF, por ter se vislumbrado “conflito federativo” entre a União e o Estado de Roraima (art. 102, I, f, da CF/88). O STF julgou a ação parcialmente procedente, nos termos do voto do Relator (exemplo de sentença manipulativa de efeito aditivo), declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

O modelo aceito de demarcação das terras indígenas foi o da continuidade, não sendo possível que a demarcação de terras indígenas seja feita em “bolsões” ou “ilhas”. Contudo, para o STF, a exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com: a eventual presença de não índios; a instalação de equipamentos públicos; a abertura de estradas e outras vias de comunicação; a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, sob a liderança institucional da União, fiscalização do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas.

Assentou-se que não há antagonismo entre a matéria indígena e o desenvolvimento, pois desenvolvimento que se fizer sem ou contra os indígenas viola o objetivo fundamental do inciso II do art. 3^o da CF, que assegura o desenvolvimento ecologicamente equilibrado, humanizado e culturalmente

⁵ Art. 2^o: A recusa prevista no artigo 1^o implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis

⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Decreto de 15 de abril de 2005. Homologa a demarcação administrativa da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, localizada nos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, no Estado de Roraima. Brasília, DF Ministério da Justiça, [2005]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/dnn/dnn10495.htm>. Acesso em: 02 maio 2022.

diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena. A preservação do meio ambiente não pode ser prejudicada, na visão do STF, pelo reconhecimento das terras indígenas.

Na questão do marco temporal, ainda é importante destacar o julgamento do Recurso Extraordinário 1.017.365 (Brasil, 2019). Trata-se de um pedido de reintegração de posse movido pelo Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina em face da Fundação Nacional do Índio (Funai) envolvendo a disputa de um território indígena do povo Xokleng, Guarani e Kaingang.

Esse Recurso Extraordinário foi afetado sob o regime de repercussão geral, no qual se discute, à luz dos artigos 5º, incisos XXXV, LIV e LV; e 231 da Constituição Federal, o cabimento da reintegração de posse requerida pela Fundação do Meio Ambiente do Estado e Santa Catarina (FATMA) de área administrativamente declarada como de tradicional ocupação indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, em Santa Catarina.

Na sessão de julgamento de 15.09.2021, o ministro-relator Édson Fachin deu provimento ao recurso extraordinário, sendo divergido pelo voto do Ministro Nunes Marques para negar provimento ao recurso extraordinário. Após os votos desses ministros, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes.

Recentemente, o STF analisou o Habeas Corpus 124.306 (Brasil, 2017) impetrado por dois médicos que foram presos em flagrante no momento em que supostamente estariam realizando um aborto com o consentimento da gestante para analisar se seria cabível ou não a manutenção da prisão preventiva. O Ministro Roberto Barroso, ao analisar o writ, entendeu que não estavam presentes os pressupostos da prisão preventiva. Um desses pressupostos é a existência de crime. De acordo com o Ministro, não havia motivo para a prisão preventiva, considerando o fato de que a gravidez da mulher estava ainda no primeiro trimestre, razão pela qual a punição prevista nos artigos. 124 e 126 do CP não seria compatível com a Constituição Federal, ou seja, não teria sido recepcionada pela atual Carta Magna. Por conta disso, o Ministro concedeu a ordem de habeas corpus para afastar a prisão preventiva dos pacientes, concedendo-lhes liberdade provisória.

Assim, a 1ª Turma do STF adotou o posicionamento de que não é possível ainda se falar em vida em sentido pleno antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência, sendo como marco temporal o

terceiro mês da gestação. Se for realizado após o primeiro trimestre, continua sendo crime.

No acórdão, constou que a criminalização, nos moldes dos artigos 124 a 126 do Código Penal, viola diversos direitos fundamentais da mulher (os direitos sexuais e reprodutivos, a sua autonomia e a integridade física e psíquica), bem como o princípio da proporcionalidade (constitui medida de duvidosa adequação para proteger a vida do nascituro, por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país. Para que haja a equiparação plena de gênero, a vontade da mulher nessa matéria deve ser respeitada.

A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. Isso porque o tratamento dado pela lei penal brasileira impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Essa política criminal multiplica as lesões graves e óbitos.

Usando como referência o direito comparado, por derradeiro, expôs que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

Diante dessas decisões, é possível notar uma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em prol das minorias. O contexto histórico-social possui uma enorme relevância como fundamento na decisão. Há uma clara preocupação do STF em se manter conectado com as demandas sociais e em corrigir distorções históricas.

5 JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 E DO MANDADO DE INJUNÇÃO 4733

5.1 NOÇÕES DE DISCRIMINAÇÃO DA COMUNIDADE LGBTQIA+ E DIPLOMAS INTERNACIONAIS

A discriminação e a violência contra a comunidade LGBTQIA+ é histórica e permanece até os dias atuais. A respeito desse histórico de discriminação e violência, Valério Mazzuoli (2021) comenta que a perseguição e violação de direitos de todo gênero à comunidade LGBTQIA+ é cultural. Somadas a esses fatores histórico-culturais, questões políticas fomentam essa violência à comunidade LGBTQIA+, destacando que a Uganda e outros 75 países criminalizam indivíduos em razão de sua orientação ou da identidade de gênero por meio das “leis da sodomia”.

André de Carvalho Ramos (2021, p.199) comenta sobre os “Princípios de Yogyakarta”. Trata-se de princípios que aplicam direitos genericamente previstos em tratados internacionais de direitos humanos, declarações ou resolução já consagrados a temas essenciais envolvendo a orientação sexual, visando assegurar igualdade e vedar discriminação, estigmatização e violência contra pessoas em razão de sua identidade de gênero e orientação sexual. É uma proteção indireta a vulneráveis por meio da interpretação ampliada dos direitos já existentes.

O documento elenca, ao todo, 29 princípios que versam sobre a defesa dos direitos de pessoas com orientação sexual ou identidade de gênero diversas; utilização de remédios jurídicos adequados a fornecerem a reparação às violações sofridas; responsabilização daqueles que violarem direitos humanos relacionados à orientação sexual ou identidade de gênero (RAMOS,2021, p.202 e 203).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, PIDCP, em seu art. 2.^{o7}, estabelece uma “cláusula geral de não discriminação”. O Comitê de Direitos Humanos da ONU considera que os tipos de união familiar são atualmente múltiplos

⁷ O artigo 2.1 do pacto internacional dos direitos civis e políticos prescreve que “Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição”

ao interpretar o art. 23⁸ do PIDCP e que as diversas maneiras de se constituir família devem ser respeitadas (MAZZUOLI, 2021, p. 280).

No que tange ao ordenamento jurídico interno, não há qualquer norma expressa na Constituição Federal Brasileira de 1988 sobre o direito à orientação sexual. Entretanto, algumas Constituições de Estados-membros preveem explicitamente esse direito, a exemplo de: Mato Grosso (art. 10, III⁹), Piauí (art. 3^o, III¹⁰) e Sergipe (art. 3^o, II¹¹), além da Lei Orgânica do Distrito Federal (art. 2^o, parágrafo único¹²). No plano infraconstitucional, o Estatuto da Juventude, lei 12.852, assegura aos jovens, assim compreendidos os com idade entre 15 e 29 anos- o “direito à diversidade e à igualdade de direitos e de oportunidades”, sem discriminação por motivo de “orientação sexual”, em seu artigo 17, II.

É inegável a violência sistemática e reiterada contra a população LGBTQIA+ na realidade brasileira. Segundo o relatório do Grupo Gay da Bahia de 2019 (OLIVEIRA, MOTT, 2020), constatou-se uma evolução e agravamento de mortes violentas no período de 2000 a 2019. Os casos de mortes violentas de LGBTQIA+ saltaram de 130 em 2000 para 329 em 2019, atingindo um pico de 445 em 2017 e

⁸ O artigo 23.1 do pacto internacional dos direitos civis e políticos prescreve que “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado.”

⁹ O artigo 10, III, da Constituição Estadual do Mato Grosso prescreve que Art. 10 “O Estado de Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade de todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, mencionados na Constituição Federal, assim como qualquer outro decorrente do regime e dos princípios que ela adota, bem como daqueles constantes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos termos seguintes: III- a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição”;

¹⁰ O artigo 3^o, III, da Constituição Estadual do Piauí prescreve que “São objetivos fundamentais do Estado: III- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, etnia, raça, sexo, cor, deficiência física, visual, auditiva, intelectual ou múltiplas, idade, estado civil, orientação sexual, convicção religiosa, política, filosófica ou teológica, trabalho rural ou urbano, condição social, por ter cumprido pena e quaisquer outras formas de discriminação”.

¹¹ O artigo 3^o, II, da Constituição Estadual de Sergipe prevê que “Art. 3^o O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes: II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei”

¹² O parágrafo único do artigo 2^o da Lei Orgânica do Distrito Federal prevê que: Art. 2^o O Distrito Federal integra a união indissolúvel da República Federativa do Brasil e tem como valores fundamentais: Parágrafo único. Ninguém será discriminado ou prejudicado em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, sexo, características genéticas, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, orientação sexual, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, por ter cumprido pena, nem por qualquer particularidade ou condição, observada a Constituição Federal.

totalizando 4.809 mortes. Em 2019, as maiores incidências ocorreram na região Nordeste (35,56%), seguida pelas regiões Sudeste (29,79%) e Norte (17,02%). Outrossim, o relatório apontou os principais locais de crime: residência (35,55%), via pública (21,58%) e matagal/mata (4,27%).

Traçou-se também o perfil da vítima. Usando a orientação sexual como parâmetro, gays aparecem em primeiro lugar com um total de 174 casos, seguidos pelas travestis com 89 (27,05%) e pelas lésbicas com 32 (9,73%). No que diz respeito à faixa etária das vítimas, 40,73% dos casos apresenta entre 20 a 34 anos. Os dados apontam 37,08% de pardos e pretos, contra 36,78% de brancos, apesar de o número de casos não identificados ter ficado em 26,14%. Das 329 mortes violentas, 272 foram por homicídio (82,38%), seguido por suicídio (9,73%) e latrocínio (5,78%). Para além de homicídios e de suicídios, a violência pode ser manifestar em agressões físicas, violência sexual e tentativa de homicídio.

5.2 VOTOS DO MI 4733/DF e ADO-26/DF

5.2.1 Breve relatório das ações

Apesar de transitarem no Congresso Nacional projeto de lei que tipifiquem a homofobia e a transfobia, a exemplo do projeto de lei nº 122/2006, há uma resistência dos parlamentares em aprovar projetos lei que criminalizem as condutas homofóbicas e transfóbicas. Diante dessa mora legislativa, em 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou mandado de injunção no STF pugnando o enquadramento da homofobia e da transfobia no conceito de racismo ou, subsidiariamente, que fossem entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Fundamentando-se nos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal, a ABGLT sustentou que a demora do Congresso Nacional é inconstitucional, tendo em vista o dever de editar legislação criminal sobre a matéria. Requereu também que o Estado brasileiro indenizasse as pessoas vítimas de homofobia e transfobia, enquanto tais condutas não forem criminalizadas de forma eficiente.

No ano seguinte, em 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) na qual pediu que o STF declarasse a omissão do Congresso Nacional por não ter votado projeto de lei de

criminalização atos de homofobia. Pretendia-se que o Poder Legislativo elaborasse legislação criminal tipificando a homofobia e a transfobia como espécies do gênero “racismo”. Segundo o Partido, haveria uma ordem de criminalização específica, decorrente do artigo 5º, XLII, da Constituição Federal e, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) e ao princípio da proporcionalidade na aceção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV).

As duas ações foram julgadas em conjunto, cabendo ao Ministro Celso de Mello a relatoria da ADO 26 e ao Ministro Edson Fachin, a relatoria do mandado de injunção 4733. No que tange ao MI 4.733, o Presidente da Câmara informou que tramitava o Projeto de Lei nº 5003/2001, que dispunha sobre sanções aplicáveis à conduta homofóbica. Em seu entender, não seria possível “equiparar a ausência de lei que criminalize a homofobia ou a transfobia a uma omissão inconstitucional, muito menos afirmar que a criminalização dessas condutas decorre de uma exigência taxativa do texto constitucional”. O Presidente do Senado alegou que a proteção requerida já existe, ainda que imperfeita, no ordenamento jurídico.

A União se manifestou contrariamente ao mandado de injunção, aduzindo que não havia qualquer comando constitucional que exigia a tipificação específica para a homofobia e a transfobia e que não seria possível suprir eventual omissão em matéria penal por decisão judicial.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não cabimento do mandado de injunção por entender que não havia mora legislativa quando já tramitava projeto de lei tipificando os delitos praticados em razão de preconceito contra orientação sexual.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em decisão monocrática, acolheu o parecer da Procuradoria-Geral e não conheceu mandado de injunção.

Entretanto, após a interposição de agravo regimental pelo impetrante, a Procuradoria Geral da República mudou seu posicionamento e opinou pelo provimento do agravo. O Ministro Lewandowski também reconsiderou o seu posicionamento e determinou o processamento do mandado de injunção.

A Procuradoria-Geral da República manifestou pela parcial procedência do pedido. Nesse parecer, a Procuradoria foi contra o pedido de indenização às vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar.

5.2.2 Fundamentos dos Voto do Ministro Édson Fachin do Mandado de Injunção 4733

O Ministro Relator Édson Fachin reconheceu a plena cognoscibilidade do Mandado de Injunção. Entendeu que a associação impetrante como parte legítima nos termos do artigo 12, III, da Lei 13.300/2016, havendo uma pertinência entre a finalidade da ação e os objetivos sociais da associação nos termos do art. 3º¹³ do estatuto social. O Supremo Tribunal Federal é órgão legítimo para julgar a omissão, pois cabe ao Congresso Nacional legislar sobre matéria penal, nos termos do art. 22, I, da CRFB (MI 4.733/ DF, Voto Ministro Édson Fachin, p.3).

Assentou o seu voto no direito à dignidade (art. 1º, III, da CRFB) e no direito à igualdade (art. 5º, caput, da CRFB), bem como na garantia constitucional do mandado de injunção (art. 5º, LXXI da CRFB); e do mandado constitucional de criminalização contra qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CRFB). Com base no art. 5º, § 2º, da CRFB, também foram invocados princípios estabelecidos em diplomas internacionais como o direito à igualdade, a proibição contra a discriminação, com base no art. 4º¹⁴ da Convenção para Eliminação da Discriminação Racial e art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (MI 4.733/ DF, Voto Ministro Édson Fachin, p.2).

O voto também se fundamentou em precedentes da própria Suprema Corte, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e de outras organizações internacionais de proteção da pessoa humana reconheceu que era atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero (MI 4.733/ DF, voto Ministro Édson Fachin, p. 10-11).

¹³ O artigo 3º prevê que *“a missão da ABGLT é: promover ações que garantam a cidadania e os direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, contribuindo para a construção de uma sociedade democrática, na qual nenhuma pessoa seja submetida a quaisquer formas de discriminação, coerção e violência, em razão de sua orientação/identidade sexual e identidade/expressão de gênero”*

¹⁴ O artigo 4º prevê que *“Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção”*

Aduziu que a lei 13.300, em seu art. 8º, II, legitima o Judiciário a “*estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos*”. No presente caso, além de uma especificidade decorrente da lacuna, considerou haver ofensa à igualdade, uma vez que condutas igualmente reprováveis recebem tratamento jurídico distinto (MI 4.733/ DF, voto Ministro Édson Fachin, p. 22-23).

Diante desse contexto, julgou procedente o mandado de injunção para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e aplicar com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (MI 4.733/ DF, voto Ministro Édson Fachin, p.26).

5.2.3 Fundamentos do voto do Ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26

O Ministro Celso de Mello, no tópico 4, “*observações prévias*”, traz alguns esclarecimentos a respeito da comunidade LGBTQIA+, como a origem da criação da sigla e a distinção. Pontuou também a distinção entre sexo e gênero, explicando que sexo faz referência tão somente a questões físicas e a identidade de gênero traduz o sentimento de pertencimento ao universo masculino ou feminino. Ressaltou que a sexualidade. Frisou que os Princípios de Yogyakarta reconhecem a inter-relacionalidade e indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana, inclusive aqueles relativos à orientação sexual e à identidade de gênero (ADO-26, Voto Ministro Celso de Mello, p. 10).

Seguindo o seu estudo social a respeito da comunidade LGBTQIA+, criticou a chamada “*ideologia de gênero*”. Em sua concepção, determinados grupos políticos estimulam o desprezo e ódio contra a comunidade LGBTQIA+. Tais grupos buscam impedir o debate público em torno da transexualidade e da homossexualidade através da negação da consciência de gênero, submetendo-os à teoria social (ideologia de gênero) (ADO-26, Voto do Ministro Celso de Mello p. 15).

A partir do tópico 6, o Ministro passa a analisar o mérito da demanda. Julgou ser incompatível o pleito de ressarcimento às vítimas de homofobia e transfobia em um processo objetivo:

O exame dessa questão leva-me a reconhecer que, em tema de controle abstrato de omissão inconstitucional, revela-se inviável a concessão de tutela de índole ressarcitória, requerida com o objetivo de reparar danos morais e/ou patrimoniais eventualmente sofridos por terceiros, seja ela postulada em caráter individual, seja ela formulada em defesa de interesses coletivos ou transindividuais.

Torna-se relevante insistir na asserção de que, no processo de fiscalização normativa abstrata, em cujo âmbito instauram-se relações processuais objetivas, visa-se a uma só finalidade: a tutela objetiva da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou de natureza concreta. (ADO-26, Voto Ministro Celso de Mello, p. 22)

(...)

A importância de qualificar-se o controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo – vocacionado, como precedentemente enfatizado, à proteção “in abstracto” da ordem constitucional – impede, por isso mesmo, a apreciação de qualquer pleito que vise a resguardar situações de expressão concreta ou de interesses de caráter individual.

É preciso ter presente que o processo de controle das omissões inconstitucionais, em face do seu perfil objetivo, encerra um juízo em torno do reconhecimento da existência de imposição constitucional de legislar, de um lado, e da configuração de uma situação de inércia abusiva ou irrazoável, de outro. (ADO-26, Voto Ministro Celso de Mello, p. 24)

No item 7, o Ministro Relator analisa a possibilidade de tipificação de condutas pelo Supremo Tribunal Federal. Salientou que a definição típica de condutas delituosas é uma reserva absoluta de lei formal, como desdobramento do princípio da reserva legal. Com fundamento no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, não há possibilidade de utilização de provimento jurisdicional como substituto de norma legal. Além do art. 5º, XXXIX, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15) também representam. (ADO-26, Voto Ministro Celso de Mello, p. 27).

Desse modo, somente lei interna pode servir como fonte formal de criminalização de condutas, não havendo possibilidade de qualquer outra forma de criminalização (ADO-26, Voto Ministro Celso de Mello, p. 29).

No tópico 8, o Ministro traça um histórico da perseguição contra os homossexuais promovida pela Coroa real portuguesa em seus domínios ultramarinos com as Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas. As autoridades religiosas também endossaram com a atuação do Tribunal do Santo Ofício e a Inquisição (ADO-26, Voto Ministro Celso de Mello, p. 33).

Em seguida, no tópico 9, aponta dados estatísticos da violência. Citou como exemplo o fato de transexuais serem vítimas de preconceito e ódio, sofrendo marginalização social e “banalização do mal” e complementou que:

Relatórios de organizações civis que monitoram os dados relacionados ao tema – tais como a TGEU – Transgender Europe e o GGB – Grupo Gay da Bahia – revelam ser o “Brasil campeão mundial da transfobia”, “o país que mais mata travestis e transexuais no mundo”, onde, de forma assustadora, “o risco de uma ‘trans’ ser assassinada é 14 vezes maior que um gay”, tendo sido registradas 598 mortes de transexuais e de travestis entre janeiro de 2011 e janeiro de 2016, segundo informações constantes do “site” <https://homofobiamata.wordpress.com> (ADO-26, Voto Ministro Celso de Mello, p.40).

No tópico “a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, por injustificável inércia do Poder Público”, considerou que, no presente caso, há um legítimo direito à legislação em razão do artigo 5º, XLI, da CF. Desse modo, houve omissão do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBT (ADO-26, Voto Ministro Celso de Mello, p.42).

Por se tratar de direitos fundamentais, é uma questão que possui grande relevância jurídica. Os direitos fundamentais garantem às pessoas mecanismos jurídicos oponíveis ao Poder Público e também obrigam o Estado de tornar efetiva a proteção a esses grupos por meio de normas de direito penal destinadas a proteger as liberdades fundamentais (ADO-26, Voto Ministro Celso de Mello, p. 42 e 43).

A ação direta por omissão é um instrumento qualificado nos presentes autos. Há um nexo de causalidade entre a imposição constitucional de legislar e a configuração objetiva da ausência de provimento legislativo, de outro, cuja edição se revela necessária à punição de atos e comportamentos resultantes de discriminação ou de violência contra a pessoa em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero (ADO-26, Voto Ministro Celso de Mello, p.46).

Ao abordar a legitimidade passiva da ação, foi firmada com base no artigo 22, I, da Constituição Federal. O Congresso Nacional é atribuição destinatário específico da imposição legiferante inscrita no art. 5º, incisos XLI e XLII, da Lei Fundamental.

Tem-se, pois, que é unicamente atribuível ao Poder Legislativo da União a obrigação jurídica de formulação de diplomas legislativos indispensáveis à

efetivação dos mandados de incriminação a que aludem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição (ADO-26, Voto Ministro Celso de Mello, p. 46).

Diante da mora do Congresso Nacional em legislar por mais de 30 (trinta) anos, o Ministro entendeu que:

Decorridos mais de trinta (30) anos da promulgação da vigente Carta Política, ainda não se registrou – no que concerne à punição dos atos e comportamentos resultantes de discriminação contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero – a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, que se absteve, até o presente momento, de editar o ato legislativo essencial ao desenvolvimento da plena eficácia jurídica dos preceitos constitucionais em questão.

Tenho por inacolhível, por isso mesmo, a alegação de que a mera existência de proposição legislativa no Congresso Nacional afastaria, por si só, a configuração, na espécie, de inércia por parte do Poder Legislativo. (ADO-26, páginas 46 e 47)

No tópico 11, *“a situação de inércia do Estado em relação à edição de diplomas legislativos necessários à punição dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima”*, apontou o nexo de causalidade entre a imposição constitucional de legislar e a configuração objetiva da ausência de provimento legislativo (ADO-26, Voto Ministro Celso de Mello, p. 46).

A propositura de projeto de lei não impede a procedência da ação. Como exemplo da inércia legislativa, o projeto de lei nº 5.003/2001 ¹⁵foi aprovado, em novembro de 2006, após mais de 05 (cinco) anos de tramitação, pela Câmara dos Deputados. Ao tramitar no Senado Federal, o projeto de lei passou a ser denominado de Projeto da Câmara nº 122/2006 e foi anexado ao PL do Senado nº 236/2012 (ADO-26. Voto Ministro Celso de Mello, p. 49).

Partindo da premissa de que há omissão constitucional, o Ministro-Relator busca trazer soluções para as omissões no tópico *“Soluções possíveis para a colmatação do estado de mora inconstitucional”*. Foram propostas as seguintes soluções:

Uma vez reconhecida, portanto, a existência de mora imputável ao Congresso Nacional, e tendo presente o contexto que se delineia neste caso (inércia do Parlamento na implementação legislativa de cláusulas veiculadoras de mandado de incriminação), desenham-se,

¹⁵ Projeto de autoria da Deputada Iara Bernardi que determina sanções as práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas

fundamentalmente, as seguintes possibilidades de colmatação do “vacuum legis”, a saber: (a) cientificação do Congresso Nacional, para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, § 2º, c/c Lei nº 9.868/99, art. 12-H, “caput”); ou, então, (b) reconhecimento imediato, por esta Corte, de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89, em ordem a que se tenham como tipificados, na condição de delitos previstos nesse diploma legislativo, comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável LGBT. (ADO-26, Voto Ministro Celso de Mello, p 65).

No tópico “12.1. *A cientificação ao Congresso Nacional quanto ao seu estado de mora inconstitucional*”, o Princípio da Razoabilidade serve como baliza para o reconhecimento da mora:

Ainda que assim se possa considerar em situações ordinárias, o fato é que a superação irrazoável do período de apreciação parlamentar do projeto de lei, revelando conduta procrastinatória e abusiva, não pode ser coonestada por esta Corte, sob pena de perpetuar-se, a partir da inércia intencional do Parlamento, um estado de crônica inconstitucionalidade, cuja ocorrência não deve ser tolerada! (ADO-26, Voto do Ministro Celso de Mello, p.67).

Reconhecida a mora legislativa, deve-se cientificar o Congresso Nacional para a elaboração da norma. Caso isso não ocorra dentro do prazo razoável, o Supremo Tribunal Federal preencherá essa lacuna normativa a exemplo do que aconteceu com o direito de greve dos servidores públicos. Assim, acolheu o pedido para declarar a mora inconstitucional do Congresso Nacional, definindo o prazo de 12 (doze) meses para o Senado Federal desanexar do PLS 236/2012, que institui o novo Código Penal brasileiro, o Projeto de Lei nº 122/2006 (ADO-26, Voto do Ministro Celso de Mello, p.68).

O tópico 12.2, “Enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme, no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89”, é um dos mais importantes do voto. Reafirma-se que a Suprema Corte não encampa a tese de raças distintas que propõe a subdivisão artificial da espécie humana em agrupamentos raciais distintos, conforme HC 82.424/RS (ADO-26, Voto do Ministro Celso de Mello, p.73).

Há, em sua concepção, somente a raça humana:

Em uma palavra: nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus; nem homossexuais, nem transsexuais; nem cisgêneros, nem transgêneros. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas

de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano. (ADO-26, Voto do Ministro Celso de Mello p.77)

Desse modo, o Ministro compreende que a homofobia é uma forma de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe e gênero. O racismo não se resume a traços fenotípicos, sendo uma construção social de um determinado momento histórico que criam desigualdades entre as pessoas (ADO-26, Voto do Ministro Celso de Mello, p.97).

Nessa linha de reflexão, a homofobia e a transfobia consistiriam em uma forma contemporânea de racismo. A exegese da Constituição deve ser feita à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica:

Torna-se de fundamental importância reconhecer que o processo hermenêutico não pode comprometer a força normativa da Carta Federal, expondo, perigosamente, a autoridade suprema da Constituição da República a critérios de exegese que culminem por subtrair aos postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica a sua máxima eficácia, tornando-os, em consequência, fórmulas vazias, incompreensivelmente destituídas de significação e despojadas da abrangência que lhes quis emprestar o próprio legislador constituinte.

Daí a correta afirmação de que, no processo de indagação constitucional, impõe-se ao intérprete, mediante adequada pré-compreensão dos valores que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, conferir-lhes sentido que permita deles extrair a sua máxima eficácia, em ordem a dar-lhes significação compatível com os altos objetivos indicados na Carta Política. (ADO-26, Voto do Ministro página 91)

Frisou que, em matéria de direitos humanos, as regras do diploma interno e do diploma alienígena devem ser consideradas conjuntas para a interpretação jurídica (ADO-26, Voto do Ministro Celso de Mello, p.92).

Esclareceu que não se trata de criação de tipos penais, apenas de uma interpretação extensiva, permitida no Direito Penal. No caso em análise, seria uma subsunção de condutas homotransfóbicas a preceitos primários definidos na Lei nº 7.716/89, uma vez que o racismo deve ser compreendido em sua dimensão social: o denominado racismo social (ADO-26, Voto do Ministro Celso de Mello, p.95). Também refutou o argumento de que se trataria de uma sentença aditiva:

Inacolhível, portanto, a alegação de que a decisão do Supremo Tribunal Federal a ser proferida no caso presente qualificar-se-ia como sentença aditiva, conforme sustenta o Senado Federal, pois, na realidade, está-se a utilizar o modelo de decisão de caráter estritamente interpretativo, sem que

se busque reconstruir, no plano exegético, a própria noção de racismo, cujo sentido amplo e geral já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em relevantíssimo precedente (“caso Ellwanger”), que observou, na espécie, o próprio sentido que emergiu dos debates travados no seio da Assembleia Nacional Constituinte, como enfatizou o eminente Ministro NELSON JOBIM, em passagem por mim anteriormente referida – e realçada – neste voto. (ADO-26, Voto do Ministro Celso de Mello, p.99)

O tópico 13 “*O Poder Judiciário, em sua atividade hermenêutica, há de tornar efetiva a reação do Estado na prevenção e repressão aos atos de preconceito ou de discriminação praticados contra pessoas integrantes de grupos sociais vulneráveis*” destaca que a ausência de uma efetiva reação do Estado inviabiliza a busca pela felicidade por parte de transgêneros e homossexuais, comprometendo o princípio da igualdade.

O julgamento é de fundamental importância para ampliar e consolidar direitos fundamentais das pessoas e de que todos os seres humanos são livres e iguais em direitos. A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais à dignidade, não podendo ser motivo de discriminação. Os princípios de Yogyakarta são postulados que buscam aplicar a legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual. (ADO-26, Voto do Ministro Celso de Mello, p. 102).

Também ressaltou que o presente processo objetiva um fim revestido de legitimidade jurídica, política e social. Decisões que fazem cessar o estado de invisibilidade à comunidade são virtuosas porque prestigiam o princípio da igualdade (ADO-26, Voto do Ministro Celso de Mello, p.102-103).

A intolerância contra membros da comunidade LGBTQIA+ é abordada no tópico “14. A questão da intolerância, notadamente quando dirigida contra a comunidade LGBT”. A intolerância consistiria em uma transgressão à alteridade, bem como a dignidade da pessoa humana e o pluralismo. (ADO-26, Voto do Ministro Celso de Mello, p.105). Menciona a convenção americana de direitos humanos proíbe qualquer apologia ao ódio:

Cabe lembrar, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo Art. 13, § 5º, exclui, do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento, “toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”. (ADO-26, Voto do Ministro Celso de Mello, p.106)

Além da Convenção Americana de Direitos Humanos, cita a Conferência Internacional de Durban¹⁶, em 2001, na África do Sul, reconheceu qualquer intolerância é uma negação aos princípios e objetivos firmados pela Carta de São Francisco e pela Declaração Universal de Direitos Humanos (ADO-26, Voto do Ministro Celso de Mello, p.107 e 108).

No tópico 15, *“Repressão à homotransfobia e liberdade religiosa: ausência de inconstitucionalidade”*, procura-se externar que a criminalização das condutas homotransfóbicas não constitui ofensa à liberdade religiosa. O Estado Democrático de direito deve proteger a pluralidade de ideias, conforme proclama o artigo 1º, inciso V, da Constituição Federal. Entretanto, a liberdade de expressão religiosa não abriga discurso de ódio e de intolerância.

Expõe que o pluralismo é um dos fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito, conforme o art. 1º, inciso V, da Constituição Federal. O pronunciamento de índole religiosa que degrada e estimula a intolerância e ódio à comunidade LGBTQIA+ não merece a guarida constitucional, pois o discurso de ódio é uma ilicitude penal. Esses discursos superam o limite da propagação de ideias e transgridem valores da ordem constitucional (ADO-26, Voto do Ministro de p.118 e 119).

No capítulo 16, *“Democracia constitucional, proteção dos grupos vulneráveis e função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua jurisdição constitucional”*, expõe que a Suprema Corte possui a função de proteger as minorias. Embora reconheça que o princípio majoritário desempenhe papel importante no processo decisório das instâncias governamentais, a maioria não pode suprimir, frustrar, aniquilar ou frustrar direitos fundamentais, de modo a descaracterizar o Estado Democrático de Direito. Em razão disso, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisões de caráter contramajoritário, em demonstração de que a Corte Suprema objetiva preservar os mandamentos constitucionais ao proteger grupos minoritários vulneráveis (ADO-26, Voto do Ministro Celso de Mello, p.142 e 143).

No tópico “A busca pela felicidade como projeção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”, o Ministro destaca o princípio da “busca pela

¹⁶ Trata-se da III Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, patrocinada pela ONU e realizada em Durban, na África do Sul, no ano de 2001 (RAMOS, 2020, p.399)

felicidade” como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme o julgado da ADI 3.300/DF. O princípio da busca pela felicidade assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais.

Em sua observação final, no *tópico 18* “*Uma observação final: o significado da defesa da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal*”, o Ministro reafirmou que é papel da Suprema Corte defender os direitos fundamentais, bem como de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana e de cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis. Em sua concepção, a Alta Corte deve impedir, por indiferença governamental ou mera conveniência de grupos, que instituições ou estamentos deformem o significado da própria Lei Fundamental (ADO-26, Voto do Ministro Celso de Mello, p. 147 e 148).

Por fim, em sua conclusão no tópico, encerra o voto expondo “*que este processo revela que, nele, está em debate, uma vez mais, o permanente conflito entre civilização e barbárie*” para julgar procedente a ação:

Sendo assim, em face das razões expostas, e acolhendo, ainda, os fundamentos do parecer do eminente Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, então Procurador-Geral da República, conheço, em parte, da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para, nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, nos termos a seguir indicados:

- (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. (ADO-26, páginas 154 e 155)

Os Ministros Celso de Mello e Édson Fachin adotaram uma linha de posicionamento semelhante. Primeiramente, consideraram haver um mandado de criminalização contra condutas homotransfóbicas com fulcro no art. 5º, XLI, da CRFB e um compromisso internacional do Estado Brasileiro em combater a

discriminação racial com base no art. 4º da Convenção para Eliminação da Discriminação Racial e no art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Nesse ponto, os Ministros ignoraram que o PIDCP em seu art.15.1 veda a condenação por atos ou omissões que não sejam delitos de acordo com o direito internacional ou nacional, bem como que o art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Para além disso, o ordenamento jurídico brasileiro somente admite como fonte do direito penal interno. Cita-se como exemplo a Convenção de Palermo que define o crime organizado, mas esse conceito não pode ser utilizado como fonte do direito penal no Brasil.

Há um evidente ativismo judicial. Na concepção do Ministro Celso de Mello, a Suprema Corte deve defender os direitos fundamentais e impedir a indiferença governamental e a distorção do significado da própria Lei Fundamental. Em matéria de direito penal, esse ativismo se torna problemático porque o Congresso Nacional detém competência para legislar em matéria penal. O Poder Judiciário deve se limitar a fazer a subsunção do fato à norma. A hermenêutica na seara penal é restritiva em homenagem ao princípio da vedação da analogia *in malam partem*, corolário do princípio da legalidade.

O Ministro Celso de Mello utilizou como parâmetro para interpretar o conceito de racismo o HC 82.424, considerando que o racismo deve ser compreendido em sua dimensão social. Entretanto, o art. 1º da Lei nº 7.716/89 esclarece que os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Desse modo, a lei define a quais tipos de discriminação será aplicada, não sendo a discriminação por orientação sexual ou gênero uma delas.

Por fim, os Ministros reconhecem a mora legislativa ao mesmo tempo que enquadram condutas homotransfóbicas como tipos penais da Lei nº 7.716. Como pode o Legislador ser omissivo ao tipificar a homotransfobia e o Judiciário aplicar uma lei semelhante para abranger tais condutas? Trata-se de uma verdadeira analogia *in malam partem*.

5.2.4 Fundamentos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26

O Ministro Ricardo Lewandowski na ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 faz relatório. Após o relatório, inicialmente expõe a busca por igualdade

das minorias, sendo esta uma das principais reivindicações de grupos minoritários e de direitos humanos em todo o mundo (ADO 26, Voto ministro Ricardo Lewandowski, p.5).

Ressaltou o julgado do RE 477.554-MG (Brasil, 2011b) considerou o direito à busca da felicidade como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana”. Ressaltou-se também que, nesse julgamento, foram invocados os “Princípios de Yogyakarta” sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero” (Voto ministro Ricardo Lewandowski ADO 26, p. 7).

No mais, creditou que a omissão parlamentar em temas como a criminalização da homofobia pode ser compreendida pelo fato de que tais pautas, por serem bastante impopulares, são transferidas às instituições judiciais pelos atores políticos a fim de evitar um desgaste. (Voto ministro Ricardo Lewandowski ADO 26, pág. 09)

Além de reconhecer a omissão parlamentar, reconhece que se trata de um problema social complexo, sendo a lei insuficiente para mudar essa realidade por si só. É necessário que haja uma mudança cultural complexa (ADO-26, Voto ministro Ricardo Lewandowski, p. 13).

O Ministro traz alguns dados estatísticos sobre a violência de gênero. Traz alguns exemplos como a expectativa de vida de 35 anos das pessoas trans e o assassinato ou suicídio a cada 19 horas de um LGBT, com base, respectivamente, no sítio do Senado Federal e Carlos Roberto Siqueira Castro (ADO-26, Voto ministro Ricardo Lewandowski, p.16).

Apesar da violência e da mora legislativa, o Ministro considerou que o tema estava sujeito à reserva legal absoluta. Reconheceu ser inconteste a mora legislativa, não se pode invocar os precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 por se tratar, no presente caso, de matéria penal sujeita à reserva legal absoluta. Apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas em respeito ao princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição. (ADO-26, Voto ministro Ricardo Lewandowski, p.16 e 17).

É importante destacar que o Ministro Lewandowski abordou a impossibilidade de criminalização de condutas por meio de tratados internacionais:

A Corte rechaçou a possibilidade de criminalização de condutas por meio de tratados internacionais, como é o caso da Convenção de Palermo, reafirmando a indispensabilidade da existência de lei, em sentido estrito, para que seja viável a punição penal de determinada conduta.

Dentre os relevantes argumentos daquele julgado, que bem traduz a importância do princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal no campo da tipicidade penal, destaco a reiteração da jurisprudência no sentido de que somente se admite a lei interna como fonte formal e direta de regras de direito penal, em decorrência do disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição, no art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos e do art. 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. (ADO-26, Voto ministro Ricardo Lewandowski, p.18).

Por fim, concluiu que a extensão do penal para abarcar hipóteses não previstas na normal é uma violação ao princípio da legalidade, julgando parcialmente procedente a ação para reconhecer a mora legislativa. A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora atenta contra o princípio da reserva legal e da segurança jurídica (ADO-26, Voto Ministro Ricardo Lewandowski, p.19).

Assim, como os demais ministros, o Ministro Ricardo Lewandowski reconhece que a sistemática violência perpetrada contra a comunidade LGBTQIA+ e a mora do Congresso Nacional. Esse ponto é convergente nos votos dos Ministros Édson Fachin, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Entretanto, o Ministro Ricardo Lewandowski, diferente dos dois primeiros, tão somente reconheceu a mora legislativa, não equiparando as condutas homotransfóbicas aos tipos penais da Lei do Racismo. Desse modo, seu voto coerente, uma vez que, se há omissão, não pode aplicar outra lei para abarcar situações semelhantes.

O Ministro Ricardo Lewandowski foi bastante oportuno ao invocar o princípio da segurança jurídica. Os julgados da ADO 26 e MI 4733 pode servir como um precedente para futuros acórdãos, criando uma insegurança jurídica. Direitos e garantias fundamentais devem ser interpretados extensivamente. Entretanto, o direito penal se interpreta restritivamente para proteger o direito fundamental da liberdade individual.

Por fim, pertinentemente, observando o princípio da legalidade, destacou o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal no campo da tipicidade penal, e a reiteração da jurisprudência no sentido de que somente se admite a lei interna como fonte formal, em obediência o art. 5º, XXXIX, da CF.

6 CONCLUSÃO

O mandado de injunção e a ação de controle de inconstitucionalidade por omissão são instrumentos para combater a inefetividade de normas constitucionais, recentes no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar dessa semelhança, são instrumentos que servem para finalidade diversas: o primeiro serve para a proteção de direitos subjetivos em um caso concreto e somente tem efeito entre as partes do processo, enquanto a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão é uma ação em controle abstrato, de efeito *erga omnes*.

No MI 4722 e na ADO 26, de fato, observou-se corretamente o preenchimento do requisito da legitimidade das partes, bem como a ausência de normas regulamentadora de um mandado de criminalização previsto inciso XLI do art. 5º é bem objetivo ao dizer que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”.

É inquestionável que a comunidade LGBTQIQA+ sofre uma violência histórica e de diversos tipos. Esses instrumentos não são ferramentas adequadas para a criminalização de condutas. Utilizar de tais ferramentas para criminalizar condutas é uma violação ao princípio da separação dos Poderes, usurpação de competência por parte do Poder Judiciário e ao princípio da legalidade. O princípio da legalidade é um princípio basilar do direito penal que clama pela exclusividade da lei para a criação de delitos e contravenções penais. Como corolário desse princípio, desdobra-se o princípio da vedação da analogia *in malam partem*.

Ao enquadrar condutas homotransfóbicas como condutas racistas, os Ministros Celso de Mello e Édson Fachin ignoram que o princípio da legalidade penal exige a exclusividade de lei ordinária ou complementar para a tipificação de condutas penais e, por meio da jurisdição constitucional, aplicam a lei de racismo para abranger as condutas homotransfóbicas. Além de violar a vedação da analogia *in malam partem*, cria-se uma insegurança jurídica.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello utiliza o precedente do HC 82.424 como parâmetro para definir o que seria racismo. Entretanto, conforme bem pontuou o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, a Corte consolidou uma reiterada jurisprudência no sentido de que somente se admite a lei interna como fonte formal e direta de regras de direito penal, em decorrência do disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição.

Não merece guarida o argumento do Ministro de que, no caso em análise, seria uma subsunção de condutas homotransfóbicas a preceitos primários definidos na Lei nº 7.716/89, uma vez que o racismo deve ser compreendido em sua dimensão social e de que não se trataria de uma sentença aditiva. Ao mesmo tempo que equiparou condutas homotransfóbicas seriam racismo, reconheceu a mora do Congresso Nacional.

Desse modo, há uma evidente contradição na argumentação do Ministro Celso de Melo: se as condutas homotransfóbicas estão tipificadas pela Lei nº 7.716/99, como pode o Congresso Nacional está em mora. Ao que parece, o Ministro quis se valer uma interpretação extensiva, ampliando o conceito de racismo para abarcar as condutas homotransfóbicas.

Ao ampliar o conceito de racismo, os Ministros Celso de Mello e Édson Fachin assumem uma postura ativista, caracterizada pelo esforço criativo-hermenêutico e pelo impacto político e social das matérias julgadas. É inegável também uma forte influência do direito internacional. No que diz respeito a diplomas internacionais, os ministros Édson Fachin e Celso de Mello invocaram os Princípios de Yogyakarta, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção para Eliminação da Discriminação Racial, assumindo uma obrigação de combater o racismo.

Ainda que o Estado Brasileiro tenha a obrigação de dar efetividade a diplomas internacionais, a Corte rechaçou a possibilidade de criminalização de condutas por meio de tratados internacionais, a exemplo da Convenção de Palermo. É importante ressaltar que o princípio da legalidade também protege o direito fundamental da liberdade frente ao arbítrio estatal.

Ante o exposto, não se nega eu a homotransfobia seja uma barbárie histórica que ocorre em solo brasileiro. Entretanto, a utilização de mecanismos que combatem a inefetividade de normas constitucionais como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção não são pertinentes, por violar o princípio da legalidade e usurpar a prerrogativa de legislar em matéria penal. Há contradição à medida que reconhece simultaneamente a mora legislativa e condutas homotransfóbicas como condutas racistas tipificadas na lei nº 7.716/994. O Brasil possui uma sólida jurisprudência que veda a adoção de fontes alienígenas como normas de criminalização de condutas. Salienta-se que, mesmo no âmbito interno, somente se aceitam a lei ordinária e complementar como fonte do direito penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. **MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO: A TUTELA PENAL DOS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO E NA CONVENÇÃO AMERICANA**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta De Inconstitucionalidade por Omissão 26/ DF**. ação direta de inconstitucionalidade por omissão-exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade lgbti+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII). Requerente: Partido CIDADANIA (atualmente Partido Popular Socialista). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019. Publicação: 6 de outubro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>. Acesso em: 15 maio 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 875/DF**. Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.875/DF, ADI n 1.987/DF, ADI n. 2.727/DF e ADI n. 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar nº 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012. Requerentes: Governador

do Estado do Rio Grande Do Sul e outros. Requerido: Congresso Nacional DJ 26-06-1992 Relator: Gilmar Mendes, 24 de fevereiro de 2010. Publicação: 30 de abril de 2010a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur176126/false> Acesso em: 15 mar. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 1836 QO/SP** ação direta de inconstitucionalidade por omissão do Governador do Estado de São Paulo que encaminha à Assembleia Legislativa projeto de lei para dar efetividade à norma contida no artigo 241 da Constituição Federal. Questão de ordem. Esta Corte já firmou o entendimento, em face da atual Constituição, de que, quando há a revogação do ato normativo atacado como inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade, esta fica prejudicada por perda de seu objeto. Essa orientação, por identidade de razão, se aplica tanto à ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida destinada a tornar efetiva norma constitucional, sendo que, neste último caso, isso ocorrerá quando a norma revogada for a que necessitava de regulamentação para a sua efetividade. Requerente: Procurador-Geral da República Requerido. Governador do Estado de São Paulo Relator: Moreira Alves, 18 de junho de 1998. Publicação: 4 de dezembro de 1998. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur111003/false> Acesso em 15 mar. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n 1987/DF** Requerente: Estado de Mato Grosso, Estado de Goiás. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Roberto Barroso, 24 de fevereiro de 2010c. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_1987_DF_1272709266899.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1652664923&Signature=0hU2kTUaMkMqp%2FLauJy6tVqPIK4%3D Acesso em: 15 maio 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240/BA**. Lei n. 7.619/00, do estado da Bahia, que criou o município de Luís Eduardo Magalhães. inconstitucionalidade de lei estadual

posterior à ec 15/96. ausência de lei complementar federal prevista no texto constitucional. afronta ao disposto no artigo 18, § 4º, da constituição do brasil. omissão do poder legislativo. existência de fato. situação consolidada. princípio da segurança da jurídica. situação de exceção, estado de exceção. a exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção. apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. Requerente: Partido dos Trabalhadores (PT) Requerido: Assembleia da Bahia. Relator: Eros Grau, 9 maio 2007. Publicação: 3 de agosto de 2007e. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90024/false>. Acesso em: 15 mar. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.727/DF**. Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.º 875/DF, ADI n.º 1.987/DF, ADI n.º 2.727/DF e ADI n.º 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar nº 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2012. Requerente: Governador do Estado do Mato Grosso do Sul Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional Relator: Gilmar Mendes, 24 de fevereiro de 2010. Publicação: 30 de abril de 2010b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur224785/false> Acesso em 15 mar. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3243/DF**. Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar nº 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional

constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Requerente: Estado de Mato Grosso Requerido: Congresso Nacional. Relator: Roberto Barroso, 24.de fevereiro de 2010. Publicação: 6 de maio de 2010d. Disponível

em:https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_3243_MT_1273268922515.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1652665703&Signature=IT3DMm%2Bp64N6vpVgCIOTHE4yTIk%3D. Acesso em: 15 maio 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 3682/MT** inatividade do legislador quanto ao dever de elaborar a lei complementar a que se refere o § 4o do art. 18 da constituição federal, na redação dada pela emenda constitucional no 15/1996. Requerente: Assembleia legislativa do estado de Mato Grosso Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Gilmar Mendes, 9 de maio de 2007 Publicação: 6 de agosto de 2007f. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5791/false> Acesso em 15 mar. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ**. arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). perda parcial de objeto. recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. união homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimados: Tribunais de Justiças dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Publicação: 14 de outubro de 2011a Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200015/false> Acesso em 15 mar. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186/ DF**. atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. alegada ofensa aos arts. 1º, caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, e 208, V, todos da constituição federal. ação julgada improcedente. Requerente: Democratas (DEM) Intimados: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília e Reitor da Universidade de Brasília. Relator: Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Publicação: 20 de outubro de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur281203/false> Acesso em: 15 maio 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Popular 3.388 ED/RR** embargos de declaração. ação popular. demarcação da terra indígena raposa serra do sol. Embargante: Augusto Affonso Botelho Neto. Embargado: União. Relator: Roberto Barroso, 23 de outubro de 2008. Publicação: 4 de fevereiro. 2009b Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur253721/false>. Acesso em 15 mar. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus n 82.424/RS** publicação de livros: anti-semitismo. racismo. crime imprescritível. conceituação. abrangência constitucional. liberdade de expressão. limites. Paciente: Siegfried Ellwanger Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Moreira Alves, 17 de setembro de 2003. Publicação: 19 de março de 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 15 maio 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus n 95.078/RJ** Denúncia. Homicídio culposo. Negligência consistente em inobservância de regra técnica da profissão médica. Não percepção de sintomas visíveis de infecção, cujo diagnóstico e tratamento teriam impedido a morte da vítima. Falta conseqüente de realização de exame de antibiograma. Mera decorrência. Causa especial de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, do CP. Imputação cumulativa baseada no mesmo fato da culpa. Inadmissibilidade. Paciente: Adda Guerreiro de Castro e

outros Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Cezar Peluso, 10. de março de 2009. Publicação: 15 de maio de 2009a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur86245/false> Acesso em: 15 maio 2022

BRASIL. Supremo Tribunal (Primeira Turma). **Habeas Corpus 124.306/RJ** Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Marco Aurélio, 9 de agosto de 2016. Publicação: 17 de março de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364766/false> Acesso em 09.mar. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Injunção 107/DF**. Artigo 42, parágrafo 9., da Constituição Federal. Falta de legitimação para agir. - Esta Corte, recentemente, ao julgar o mandado de injunção 188, decidiu por unanimidade que só tem *legitimatío ad causam*, em se tratando de mandado de injunção, quem pertença a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele. - Em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, não lhes concedeu a Constituição Federal direito a estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito, mas, ao contrário, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito. Impetrante: José Emídio Teixeira Lima Impetrado: Presidente da República. Relator: Moreira Alves, 21 de Novembro de 1990. Publicação: 02 de agosto Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur102460/false> Acesso em: 15 maio 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno) **Mandado de Injunção 232/DF**. Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte

do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Impetrante: Centro de Cultura Prof. Luiz Freire. Impetrado: União Federal e Congresso Nacional. Relator: Moreira Alves, 2 de agosto de 1991. Publicação: 27 de março de 1992a. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>. Acesso em 15: mar. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno) **Mandado de Injunção 283/DF** Mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 283/DF. Impetrante: Alfred Ribeiro Daudt. Impetrado: União Federal e Congresso Nacional. Relator: Sepúlveda Pertence, 20 de março de 1991. Publicação: 14 de novembro de 1991. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur76123/false> Acesso em 15 mar. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Injunção 284/DF.** natureza jurídica - função processual – ADCT, art. 8., parágrafo 3. (portarias reservadas do ministério da aeronáutica) - a questão do sigilo - mora inconstitucional do poder legislativo - exclusão da união federal da relação processual- ilegitimidade passiva *ad causam*. Impetrante: Sérgio Cavallari e outros. Impetrado: Congresso Nacional e União Federal. Relator: Celso de Mello, 22 de novembro de 1992. Publicação: 26 de junho de 1992b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur153011/false> Acesso em 15 mar. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno.) **Mandado de Injunção 395 QO/PR.** O mandado de injunção, como previsto no inciso lxxi do artigo 5. da carta magna, só e cabível quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes a nacionalidade, a soberania e a cidadania, o que implica dizer que só tem legitimidade para propô-lo o titular desses direitos, liberdades ou prerrogativas cujo

exercício esteja inviabilizado por falta de sua regulamentação. portanto, ainda quando se sustentasse que a competência para desapropriar por interesse social para fins de reforma agrária fosse um direito constitucional que admitisse a impetração de mandado de injunção, faltaria ao estado do Paraná legitimidade para impetrá-lo, uma vez que dele não seria titular. não existe em nosso sistema jurídico o instituto da fungibilidade de ações, a permitir que o juiz, de ofício ou a pedido resultante de dúvida do autor, tenha uma ação (a própria) por outra (a imprópria), se o erro for excusável. mandado de injunção não conhecido por falta de legitimidade ativa. impossibilidade jurídica do pedido de converso do mandado de injunção em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Impetrante: Governador do Estado do Paraná Impetrados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Moreira Alves, 25. de maio 1992. Publicação: 11 de setembro de 1992. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur151445/false> Acesso em 15 mar. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Injunção 670/ES.** garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). direito de greve dos servidores públicos civis (CF, ART. 37, inciso VII). evolução do tema na jurisprudência do supremo tribunal federal (STF). definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo – SINDPO Impetrado: Congresso Nacional Relator: Gilmar Mendes, 25 de outubro de 2007. Publicação: 31 de outubro de 2007b. Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=MI%20670&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em 15 mar. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno) **Mandado de Injunção 708/DF**. mandado de injunção. garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). evolução do tema na jurisprudência do supremo tribunal federal (STF). definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989. Impetrante: SINTEM-Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Gilmar Mendes, 25. de Outubro 2007. Publicação: 31 de Outubro de 2007c. Relator Gilmar Mendes.. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2477/false> Acesso em 15 mar. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal. Tribunal Pleno. **Mandado de Injunção 712/PA**. art. 5º, LXXI da constituição do brasil. concessão de efetividade à norma veiculada pelo artigo 37, inciso VII da Constituição do Brasil. legitimidade ativa de entidade sindical. greve dos trabalhadores em geral art. 9º da Constituição do Brasil]. aplicação da lei federal n. 7.783/89 à greve no serviço público até que sobrevenha lei regulamentadora. parâmetros concernentes ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos definidos por esta corte. continuidade do serviço público. greve no serviço público. alteração de entendimento anterior quanto à substância do mandado de injunção. prevalência do interesse social. insubsistência do argumento segundo o qual dar-se-ia ofensa à independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da constituição do brasil] e à separação dos poderes [art. 60, § 4º, III, da constituição do brasil]. incumbe ao poder judiciário produzir a norma suficiente para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos, consagrado no artigo 37, VII, da constituição do brasil Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Eros Grau, 25. de outubro de 2007. Publicação: 31 de outubro de 2007d. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2462/false>. Acesso em: 15 mar. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno) **Mandado de Injunção 725/RO**. Alegada omissão legislativa quanto à elaboração da lei complementar a que se refere o § 4º do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional no 15/1996. Ilegitimidade ativa do Município impetrante. Inexistência de direito ou prerrogativa constitucional do Município cujo exercício esteja sendo obstaculizado pela ausência da lei complementar federal exigida pelo art. 18, § 4º, da Constituição. Impetrante: Município de Nova Brasilândia do Oeste, Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Gilmar Mendes, 10 de Maio de 2007. Publicação: 21 de Maio de 2007a Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=100&queryString=MI%20725&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 15 maio 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.(Tribunal Pleno) **Mandado de Injunção n 4.733/DF**. direito constitucional. mandado de injunção. dever do estado de criminalizar as condutas atentatórias dos direitos fundamentais. homotransfobia. discriminação inconstitucional. omissão do congresso nacional. mandado de injunção Impetrante: ABLT- Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais E Intersexos. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Édson Fachin, 13 de junho de 2019. Publicação: 29 de setembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>. Acesso em:15 maio 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário AgR 477.554/MG** união civil entre pessoas do mesmo sexo - alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do supremo tribunal federal (adpf 132/rj e adi 4.277/df) - o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família - o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da

essencial dignidade da pessoa humana - alguns precedentes do supremo tribunal federal e da suprema corte americana sobre o direito fundamental à busca da felicidade - princípios de Yogyakarta (2006): direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero - direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, desde que observados os requisitos do art. 1.723 do código civil - o art. 226, § 3º, da lei fundamental constitui típica norma de inclusão - a função contramajoritária do supremo tribunal federal no estado democrático de direito - a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional - o dever constitucional do estado de impedir (e, até mesmo, de punir) “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, ART. 5º, XLI). A força normativa dos princípios constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional: elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo - recurso de agravo improvido. ninguém pode ser privado de seus direitos em razão de sua orientação. Agravante Carmem Mello De Aquinii Netta (representada por Elizabeth Alves) e Agravado: Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas. Relator: Celso de Mello, 16 de agosto de 2011. Publicação: 26 de agosto de 2011b Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364766/false> . Acesso em: 15 maio 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 597.285/RS**. política de ações afirmativas. ingresso no ensino superior. uso de critério étnico-racial. autoidentificação. reserva de vaga ou estabelecimento de cotas. constitucionalidade. recurso improvido. Recorrente: Giovane Pasqualito Fialho Recorrido: Universidade Federal Do Rio Grande Do Sul Relator: Ricardo Lewandowski, 9 de maio de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur257800/false> Acesso em: 15 maio 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1.017.365/SC** posse indígena. terra ocupada tradicionalmente por comunidade indígena. possibilidades hermenêuticas do artigo 231 da constituição da república. tutela constitucional do direito fundamental indígena às terras de ocupação

tradicional. embargante: Reclamante: Fundação Nacional do Índio. Reclamado: Fundação do Meio Ambiente. Relator: Édson Fachin Augusto, 21 de fevereiro de 2019. Publicação: 11 de abril de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur253721/false>. Acesso em: 15 mar. 2022

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **DIMENSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL CONTEMPORÂNEO**. 2012. 376 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **MANUAL DE DIREITO PENAL**: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **DIREITO E RAZÃO: TEORIA DO GARANTISMO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **CURSO DE DIREITO PENAL**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LENZA, Pedro (org.). **DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **MANDADO DE INJUNÇÃO**: um instrumento de efetividade da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MASSON, Cleber. **DIREITO PENAL: PARTE GERAL**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MASSON, Nathalia. **MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2015

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **CURSO DE DIREITOS HUMANOS**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÕES CONSTITUCIONAIS**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MORANGON, Ítalo Guimarães; SILVA JUNIOR, Antônio Zeferino da. MANDADO DE INJUNÇÃO E A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL. **Videres**, Dourados, v. 5, n. 9, p. 67-83, jan. 2013.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz (org.). **MORTES VIOLENTAS DE LGBT+ NO BRASIL-2019**. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 2020

RAMOS, André de Carvalho. **CURSO DE DIREITOS HUMANOS**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

SILVA, José Afonso da. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO**. 25. ed. Brasil: Malheiros, 2005

TOLEDO, Francisco de Assis. **PRINCÍPIOS BÁSICOS DE DIREITO PENAL**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994