

LAS ACCIONES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BRASIL Y LA AMPLIACIÓN DEL PODER JUDICIAL DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EN EL SIGLO XXI

THE ABSTRACT CONSTITUCIONAL CONTROL AS AN INSTRUMENT TO EXPANSION OF JUDICIAL POWER OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT IN THE TWENTY-FIRST CENTURY

Luciene Dal Ri^{1, a, *} , Júlia Scholz Karl^{2, b, **} 

¹ Doctora en Derecho por la Università degli Studi di Roma, Italia

² Maestría en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC), España

^a luciene.dalri@univali.br ^b juliascholzkarl@gmail.com

Resumen

A partir de un análisis global de los fenómenos definidos como expansión del poder judicial, buscamos definir los conceptos, causas y orígenes de los estudios relacionados con este papel judicial, desde finales del siglo XX. También buscamos analizar las causas y los efectos de la expansión del Supremo Tribunal Federal. Con el estudio de algunas acciones de control de constitucionalidad juzgadas por el Supremo, el objetivo era identificar si el tribunal ha actuado dentro de los límites de su competencia o si ha ido más allá de la actividad de aplicación de la ley. Finalmente, a pesar de que este artículo solo se centró en el estudio de algunas acciones, los resultados obtenidos conducen a confirmar, al menos en los casos analizados, la hipótesis de que las acciones de control de constitucionalidad sirven como un instrumento de expansión de la acción del Supremo Tribunal Federal.

Palabras clave: Expansión del poder judicial; Acciones de control de constitucionalidad; Supremo Tribunal Federal.

Abstract

Based on a global analysis of the phenomena defined as the expansion of the judiciary, the research sought to define the concepts, causes and origins of studies related to this judicial role since the end of the 20th century. It also sought to analyze the causes and effects of the expansion of the Brazilian Federal Supreme Court. From the study of some actions of constitutionality control judged by this Court, it aimed to identify if it has acted within the limits of its competence or if it has gone beyond the law's application. Finally, despite the fact that this article has only attempted to study just a few constitutional actions, the results obtained confirm, at least in the analyzed cases, the hypothesis according to which the abstract constitutional control serve as an instrument to expand the power of the Supreme Federal Court.

Keywords: Expansion of the judicial power; Abstract constitutional control; Brazilian Federal Supreme Court.

INTRODUCCIÓN

La redemocratización de Brasil en 1985, con el fin del régimen militar y la promulgación de la Constitución de 1988, puso de manifiesto la reafirmación de los derechos fundamentales en el cuerpo normativo constitucional brasileño. Este escenario establecido a partir de la reconstrucción del Estado de derecho democrático en Brasil, especialmente después del régimen militar, estuvo indisolublemente vinculado a la realización de los derechos fundamentales. Este conjunto de factores redefinió la relación entre los Poderes del Estado, haciendo que el poder judicial (y particularmente el Supremo Tribunal Federal) sea parte de la arena política.

Todos estos hechos, junto con la aplicabilidad inmediata y el carácter imperativo de las normas constitucionales, dada la influencia constitucional en las relaciones políticas, pueden conducir a la expansión del poder judicial, especialmente el fenómeno de la judicialización de la política. Este fenómeno se caracteriza desde el momento en que el Poder Judicial está resolviendo conflictos de naturaleza claramente política o que recaen en cuestiones morales controvertidas porque se enfrentan a normas constitucionales de contenido basado en principios.

Por lo tanto, la discusión sobre la expansión del poder judicial a fines del siglo XX implica una serie de ideas preconcebidas, especialmente con respecto al papel de la jurisdicción constitucional en la realización de los derechos fundamentales. En este sentido, uno debe considerar la existencia de reglas y principios abiertos previstos en la Constitución, que deben ser implementados por los poderes estatales y, a veces, requieren la acción del Supremo Tribunal Federal en la interpretación del texto constitucional.

Por lo tanto, habiendo hecho estas consideraciones, el problema de investigación al que se dedicó este artículo fue analizar si las acciones de control de constitucionalidad, previstas en la Constitución de 1988, se están convirtiendo en instrumentos de expansión del Supremo Tribunal Federal. Para llegar al resultado, en el primer ítem se analizará el concepto, las causas y las consecuencias señaladas por la doctrina estadounidense para el fenómeno de la expansión del poder judicial. En este sesgo, la importancia del análisis de los estudios realizados por C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder en los Estados Unidos, se justifica por sus reflejos en el escenario brasileño, que contribuyeron al surgimiento de investigaciones relacionadas con el desempeño del poder judicial en Brasil, después de la Constitución Federal de 1988. En el segundo ítem se estudiará la doctrina brasileña relacionada con el tema y, finalmente, en el tercer ítem se analizarán algunas de las acciones directas emblemáticas de inconstitucionalidad, acciones declarativas de constitucionalidad y juicios de incumplimiento del precepto fundamental en la última década. Para el desarrollo de la investigación, se utilizó el método inductivo, a través de las técnicas de análisis bibliográfico y estudio de casos.

1. LA EXPANSIÓN DEL PODER JUDICIAL A TRAVÉS DE LA JUDICIALIZACIÓN DE POLÍTICAS

A nivel estadounidense y global, uno de los estudios más importantes sobre el creciente poder de los jueces en los estados modernos se encuentra en el libro *The Global Expansion of Judicial Power* de C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder en 1995. En este estudio, los autores presentan cómo la revisión judicial se ha utilizado para resolver controversias en el espacio político. A nivel estadounidense,

la revisión judicial de los actos legislativos y ejecutivos basados en la constitucionalización de los derechos resultó, en consecuencia, en la expansión del área de acción de los tribunales.

Para estos autores¹, la judicialización de la política es el fenómeno de la dislocación de los poderes de toma de decisiones, originalmente atribuidos al Poder Legislativo o Ejecutivo, a los tribunales judiciales y también puede ocurrir en la expansión de los métodos de toma de decisiones judiciales del poder judicial.

Los autores estadounidenses muestran que la judicialización de la política se produce en un contexto de expansión del poder judicial en el espacio político, y que esta expansión puede ocurrir de dos maneras: desde la adopción de una postura activa por parte del poder judicial, en el sentido de que crear o intervenir en la creación de políticas públicas, que pueden conducir al activismo judicial; y por la absorción de procedimientos judiciales (típicos del Poder Judicial), por instituciones consideradas no judiciales².

Con el fin de desentrañar los orígenes de la judicialización de la política, es posible identificarse³ dos áreas de ocurrencia: el proceso por el cual los tribunales y jueces son parte de la formulación de políticas públicas que originalmente fueron realizadas por otras agencias especialmente por el Legislativo y Ejecutivo; y el proceso por el cual la negociación extrajudicial y los foros de toma de decisiones están dominados por reglas y procedimientos legalistas.

A partir de un análisis histórico, los autores afirman que el fenómeno de la expansión del poder judicial ha crecido en los Estados Unidos de América (EE. UU.) No solo debido a la influencia de factores internos, sino también en detrimento del contexto mundial. En este sentido, la expansión del poder judicial en las democracias contemporáneas está asociada con el fin del gobierno comunista en Europa del Este, especialmente con la caída de la Unión Soviética y la consecuente hegemonía estadounidense. Todos estos factores han convertido al sistema de justicia estadounidense en la cuna de la judicialización de la política⁴.

Aunque Tate y Vallinder⁵ se han dedicado al estudio de la expansión del poder judicial principalmente en los Estados Unidos, las condiciones propicias para la aparición de estos fenómenos pueden extenderse a otros modelos de organización estatal y jurisdicción constitucional. Las condiciones son, en este contexto, las siguientes: democracia; la separación de poderes propuesta por Montesquieu⁶; la existencia de una carta política de derechos o una constitución; los intereses de los grupos en usar las Cortes para ver cumplidos sus derechos y garantías, dada la falta de credibilidad de los organismos representativos; el uso de tribunales y cortes por la oposición política para frenar y controlar las deliberaciones mayoritarias de la arena política; la ineficacia de las instituciones mayoritarias; la corrupción y la falta de movilización de las instituciones mayoritarias para satisfacer los intereses de sus representados, haciéndolas recurrir al poder judicial; y delegación de la toma de decisiones en casos controvertidos a instituciones judiciales.

A partir de los conceptos aportados por Vallinder y Tate el autor Hirschl⁷ identificó otra característica de la transferencia de los poderes de las instituciones representativas al poder judicial: esta sería la transferencia a los tribunales de controversias políticas y cuestiones controvertidas comunes en un política democrática. Hirschl⁸, quien también se dedicó al estudio del escenario norteamericano, expone tres situaciones que caracterizan la ocurrencia de la judicialización de la política: (i) la expansión del discurso legal, la jerga, las reglas y los procedimientos para la esfera política y para foros de decisión política; (ii) la judicialización de las

políticas públicas a través del control de constitucionalidad o revisiones de actos administrativos; (iii) la judicialización de la política pura o macro política, que sería la transferencia a las Cortes de cuestiones de naturaleza política y de gran importancia para la sociedad, incluidas cuestiones sobre la legitimidad del régimen político y sobre la identidad colectiva que define (o divide) toda la política⁹.

Con respecto a la judicialización de las políticas públicas, el autor afirma que esto es inherente a la complejidad y diversidad de la sociedad del bienestar social¹⁰). Con respecto a la segunda modalidad, el autor identificó la influencia del modelo de control de constitucionalidad a través de la revisión judicial con el fenómeno de la judicialización de la política, como un medio para satisfacer los intereses de las minorías que anhelan la realización de sus derechos fundamentales. En el último caso, la judicialización de la política pura está relacionada con la jurisdicción de los tribunales para decidir cuestiones morales y políticas que involucran cuestiones centrales para la sociedad, es decir, la transferencia del problema originalmente de la competencia de las esferas políticas al poder judicial.

Los estudios presentados por Tate y Vallinder además de influir en otros autores estadounidenses porque se centran en el sistema de derecho consuetudinario norteamericano, también fueron introducidos en el escenario brasileño¹¹ por los estudios de Castro¹², Teixeira¹³, Vianna¹⁴, Vianna, Burgos y Salles¹⁵.

2. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE BRASIL A FINALES DEL SIGLO XX

En el escenario brasileño, los estudios relacionados con el fenómeno de la expansión del poder judicial, específicamente la judicialización de la política, surgieron después de la promulgación de la Constitución Federal de 1988 y fueron influenciados por Tate y Vallinder. Los primeros estudios brasileños se dirigieron, especialmente, a analizar el movimiento de judicialización de la política, a partir del aumento creciente de demandas, especialmente acciones directas de inconstitucionalidad. En el ámbito puramente teórico, destacamos las contribuciones de Ernani Rodrigues de Carvalho¹⁶ Loiane Prado Verbicaro¹⁷ y Luiz Roberto Barroso¹⁸).

Además de los estudios teóricos sobre el tema, se elaboraron análisis empíricos de la judicialización de la política en Brasil, que comenzó con los trabajos de Marcus Faro de Castro¹⁹, en 1993, en Política y economía en el poder judicial: las acciones directas de inconstitucionalidad de los partidos políticos, Aristo Teixeira em 1997, La judicialización de la política en Brasil. Más tarde con Luiz Werneck Vianna en el libro Judicialización de la política y las relaciones sociales en Brasil, lanzado en 1999.

2.1 Acciones de control de constitucionalidad como instrumentos de judicialización de la política

Marcus Faro de Castro²⁰ analizó las acciones directas de inconstitucionalidad (ADIN) propuestas por los partidos políticos. El período analizado fue de octubre de 1988 a febrero de 1993, centrándose en aquellas acciones que pretendían modificar las políticas económicas.

Unos años más tarde, Teixeira²¹ en La judicialización de la política en Brasil, se propuso analizar los ADIN propuestos por partidos políticos, confederaciones sindicales, asociaciones comerciales y el Colegio de Abogados de Brasil entre 1990 y 1996.

Más tarde, en 1999, Luiz Werneck Vianna en Judicialización de la política y las relaciones sociales en Brasil, abordó las transformaciones constitucionales que ocurrieron con la promulgación de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. A través de un análisis estadístico de la ley, Vianna²² analizó el contenido de todas las ADIN propuestas de 1988 a 1998 y concluye que estas acciones permitieron que los tribunales se hicieran más prominentes debido a la extensión de los instrumentos de protección judicial.

Para Vianna, Burgos y Salles²³ el papel principal del Supremo Tribunal Federal (STF) de finales del siglo XX podría ser el resultado de las profundas transformaciones que vinieron con el período posterior a la Segunda Guerra Mundial. En este sesgo, la crisis del Estado del Bienestar desde 1970, y la disminución de la creencia en los poderes representativos, en los que los partidos políticos y los sindicatos ya no satisfacen las necesidades sociales, pueden haber contribuido a una mayor presencia del poder judicial en la sociedad.

Dadas las acciones estudiadas, durante diecisiete años de investigación (de 1988 a 2005), en el caso de Brasil no habría activismo judicial, ya que las instituciones mayoritarias, como los sindicatos y los partidos políticos, provocan el poder judicial para llevar a cabo el proceso democrático de las políticas públicas, a fin de cumplir con las demandas sociales. Con respecto al control de constitucionalidad, Vianna, Burgos y Salles²⁴ señalan que su ejercicio puede funcionar como un instrumento a favor de las minorías políticas que buscan espacio para hacerse valer sus derechos y, por no obtener una respuesta efectiva en el Congreso Nacional, apelaron ante el poder judicial.

Para los autores citados, las acciones directas de constitucionalidad sirven no solo como un instrumento de defensa de estas minorías, sino también como un medio para lograr los proyectos de ley propuestos por los partidos con representación en el escenario político. Para lograr este resultado, los autores²⁵ señalaron que el 87.1% de las ADIN propuestas por los gobernadores de 1988 a 2005 estaban en contra de las leyes estatales aprobadas por la Asamblea Legislativa, lo que demuestra que los partidos con poca representación en el Poder Legislativo, buscan en el poder judicial un instrumento de disputa política y el ejercicio de la oposición.

En un enfoque adicional del fenómeno y basado en las enseñanzas de Tate y Vallinder y los análisis empíricos Vianna, Carvalho busca señalar las causas y los efectos de la judicialización de la política en el caso brasileño. Carvalho²⁶ identifica la democracia, la separación de poderes, los derechos políticos, el uso de los tribunales por parte de los grupos de interés, el uso de los tribunales por parte de la oposición y la ineficacia de las instituciones mayoritarias como causas de la judicialización de la política en Brasil. Así, a partir de la identificación de sus posibles causas, según Carvalho²⁷ «o processo político pode ser descrito como judicializado quando houver

posibilidad de censura constitucional futura o cuando una decisión basada en la jurisprudencia altera los resultados legislativos».

En otro rescate de las causas enumeradas por Tate y Vallinder, Verbicado²⁸ señaló las condiciones que propiciaron el proceso de judicialización de la política en Brasil, enumerando las siguientes causas del fenómeno:

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; a universalização do acesso à justiça; a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado; a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a crise do paradigma formalista de interpretação inspirado nas premissas do positivismo jurídico; a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; a permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias; a ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade; a veloz modificação da base econômica do Brasil; a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais; o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, a ineficácia da política macroeconômica do país e a conseqüente explosão da crise social; a hipertrofia legislativa; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório

Estos factores habrían impulsado el papel del poder judicial en Brasil y habrían acercado la ley y la política, dado que el fenómeno contribuyó a un nuevo concepto de legitimidad democrática, basado no en la representatividad, sino en recurrir a la esfera judicial para asegurar y garantizar los derechos fundamentales.

La investigación también señala la llamada dificultad contra la mayoría del papel del poder judicial en asuntos políticos, abogando por la construcción de un modelo de autocontrol judicial, en el que el poder judicial reduce su interferencia con otros poderes estatales, «*evitando realizar o controle de constitucionalidade em situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa e abstando-se de interferir na definição de políticas públicas*». En esta perspectiva, el Congreso Nacional estaría en una mejor posición para atender el pluralismo democrático, y el Poder Judicial no está autorizado a asumir una responsabilidad que pertenezca a los procesos mayoritarios de formación de la voluntad política²⁹.

En este contexto, Campos³⁰ destaca el hecho de que las Cortes o Tribunales Constitucionales juzgan cuestiones emblemáticas a través de prácticas interpretativas y de toma de decisiones que llenan las brechas legislativas y amplían el alcance de las normas constitucionales. Tal práctica tendería a cambiar el significado de las leyes no constitucionales y los actos normativos con el pretexto de conformarlos a la Constitución. Para el autor, «*o avanço das decisões do Supremo sobre os outros poderes, ao menos do ponto de vista descritivo, tornou-se realidade incontestável de nosso arranjo político-institucional*»³¹. Y precisamente ante esta posibilidad de anular un acto que emana de un poder representativo, son frecuentes las acusaciones sobre la ilegitimidad democrática de jueces no elegidos al anular o modificar leyes y actos tomados por los representantes del pueblo, la llamada dificultad contramayoritario.

Finalmente, debido a la complejidad que rodea la comprensión del fenómeno dentro del alcance de los tribunales constitucionales, Carvalho³² argumenta la necesidad de diferentes estudios sobre los procesos de judicialización de la política que tuvieron lugar en la esfera del control de la constitucionalidad. Esto se debe a que los sistemas constitucionales en los que existe un control abstracto de la legislación tienden a tener una mayor experiencia en la judicialización.

Matias-Pereira³³ analizó las principales decisiones del Supremo Tribunal Federal desde 2004 hasta 2020 para comprobar los efectos de la judicialización de la política y el activismo judicial en

las instituciones y la democracia brasileñas. En su investigación, el autor demuestra que la omisión del Poder Legislativo, junto con la falta de uso del plebiscito y del referéndum, contribuyen a la judicialización de la política y al activismo judicial en Brasil.

En su reciente investigación, Coura y de Paula³⁴ analizaron que, a partir de la interpretación del artículo 5º, inciso XXXV de la Constitución Federal brasileña, el activismo coloca a la ley como un instrumento del constitucionalismo democrático capaz de transformar la realidad. En este aspecto, el activismo judicial puede resultar de la voluntad del juez de acelerar el cambio social, a diferencia del fenómeno de la autolimitación, que busca retrasarlo.

2.2 La judicialización de la política como fenómeno natural inherente al modelo de jurisdicción constitucional brasileña

El papel activo desempeñado por el Supremo Tribunal Federal no sería un fenómeno exclusivamente brasileño, según Barroso³⁵. Para el autor, los tribunales constitucionales o los tribunales supremos en varias partes del mundo están siendo protagonistas de decisiones que involucran cuestiones de naturaleza política, implementación de políticas públicas o incluso cuestiones moralmente controvertidas para algunos sectores de la sociedad.

Para Barroso «*judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo*»³⁶. Por otro lado, la adopción de parte del modelo estadounidense y parte del modelo alemán implicó la absorción de cuestiones políticas por parte del Supremo Tribunal Federal, lo que no significa que el control de constitucionalidad sea un instrumento de judicialización de la política, he aquí, la corte estaba cumpliendo con su deber constitucional de analizar todas las disposiciones de la Carta Magna, incluso las de naturaleza política.

Barroso³⁷ indica como una de las causas de esta transferencia de atribuciones al Poder Judicial la redemocratización del país y luego la promulgación de la Constitución Federal de 1988, plazos en los cuales el Poder Judicial comenzó a actuar con características de poder político. En este sentido, la búsqueda de justicia por parte de la sociedad ha exigido, desde entonces, el desempeño de jueces y tribunales para satisfacer la demanda de la sociedad y, en consecuencia, la judicialización de las relaciones sociales.

La acción activa del Supremo Tribunal Federal en la Constitución Federal de 1988, se debió a la falta de seriedad en relación con los derechos fundamentales y la falta de efectividad de los otros poderes, lo que provocó que la población desacreditara la implementación de los derechos previstos en el texto constitucional:

*Com a promulgação da Constituição de 1988, teve início a luta teórica e judicial pela conquista de efetividade pelas normas constitucionais. Os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 envolveram o esforço da teoria constitucional para que o Judiciário assumisse o seu papel e desse concretização efetiva aos princípios, regram e direitos inscritos na Constituição. Pode parecer óbvio hoje, mas o Judiciário, mesmo o Supremo Tribunal Federal, relutava em aceitar esse papel*³⁸.

A diferencia de otros autores, ve la judicialización de la política como un fenómeno natural y predijo constitucionalmente, ya que es «*um fato, uma circunstância que decorre do modelo*

constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política»³⁹. En los casos analizados que fueron juzgados por el Supremo Tribunal Federal en 2008, tales como: ADPF No. 130, ADIN No. 3,150, ADC No. 12 y ADPF No. 130, el demandante declara que «o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer»⁴⁰. Sin embargo, el autor enfatiza la necesidad de distinguir la judicialización de la política del activismo judicial, habiendo definido el activismo judicial como una actitud de interpretación constitucional expansiva, con el fin de alterar el significado y el alcance de la norma constitucional. Este fenómeno estaría presente en los momentos de omisión legislativa que impiden el cumplimiento de las demandas sociales Sin embargo, ambos fenómenos pueden comprometer la legitimidad democrática y contribuir a la politización de la justicia.

En primer lugar, debe garantizarse que la jurisdicción constitucional ejerza su función principal para la democracia mediante la defensa de las minorías representativas. Por esta razón, el tribunal encargado de juzgar la constitucionalidad de las leyes debe actuar libremente, sin unirse a la presión política y la opinión pública, decidiendo de acuerdo con los valores y normas constitucionales, y tiene derecho al título de tutor de la Constitución.

3. ACCIONES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y JUDICIALIZACIÓN DE POLÍTICAS

El control concentrado de la constitucionalidad fue estudiado por L.WERNECK VIANNA, et.al (1999) y L.WERNECK VIANNA, B.MARCELO BAUMANN BURGOS, P.MARTINS SALLES (2007) como un posible instrumento de judicialización de la política, para hacer realidad los derechos fundamentales de las minorías con baja representación en los órganos mayoritarios. Sin embargo, a pesar del carácter originalmente democrático de garantizar los derechos en ausencia o la ineficacia de los otros poderes, el juicio de algunas acciones del Supremo Tribunal Federal ha puesto en duda su papel como guardián de la Constitución, incluida la crítica de incurrir en activismo judicial.

Debido al modelo mixto de control de constitucionalidad por parte del poder judicial, el control represivo es difuso y concentrado en Brasil. El primero tiene su origen en la ley estadounidense, caracterizada por la pluralidad de órganos con competencia para analizar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley o acto normativo: es el caso de la jurisdicción de los jueces y tribunales para descartar la aplicabilidad de una ley en el caso específico. El control difuso puede ejercerse en cualquier acción, incluyendo hábeas corpus, orden judicial, acción popular, orden de requerimiento judicial, hábeas data y acción civil pública, con cualquier juez que niegue la aplicación de la ley ordinaria que esté en vigor incumplimiento de la Constitución Federal⁴¹.

El control concentrado, típico de los países europeos, particularmente Austria y Alemania, es promovido por un solo cuerpo presumiblemente especializado en asuntos constitucionales: el tribunal o tribunal constitucional. Porque aunque el Supremo Tribunal Federal no es una corte constitucional en su esencia, la Constitución Federal de 1988 lo incluyó como parte del Poder Judicial, la actividad realizada como guardiana de la Constitución se deriva de la idea de la supremacía de la Constitución. Esta noción se deriva de la teoría del positivismo normativo de Hans Kelsen⁴², cuya contribución fue esencial para la ampliación del sistema normativo como se conoce ahora.

Para el jurista austriaco, el fundamento de validez de una norma está contenido en una norma jerárquicamente superior. Es en este sentido que la Constitución se convierte en el estándar que da validez a todos los demás. Sin embargo, el problema persiste, ya que es necesario saber de dónde deriva su validez la Constitución.

Ante la necesidad de justificar el fundamento de validez de la Constitución, que estaría en la cima de la clasificación jerárquica de las normas, Kelsen introdujo el concepto de norma fundamental como el límite superior, la instancia más alta, de todas las normas legales. Sin embargo, la norma fundamental no tiene contenido material, sino que es solo un valor lógico e hipotético, puramente ideal y formalmente necesario para dar validez al sistema legal y resolver la paradoja de la validez de la ley. Por lo tanto, «é a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa»⁴³ (H. KELSEN, 1998, p. 217).

Es por eso que al mover el camino de *Grundnorm* hacia abajo, se mueve de normas generales a específicas, hasta que alcanza un punto concreto en una aplicación individualizada de la ley. Esta imagen del orden legal escalonado se llamaba *Stufenbau des Rechtes*, en portugués conocida como la «*estrutura escalonada do direito*». En este sesgo, con la idea de escalonar el orden legal, la tendencia es colocar la Constitución en un nivel por encima de las otras normas, concibiéndola como el fundamento supremo de validez de todas las normas legales. Por encima de la Constitución, como la validez de cada sistema normativo, estaría *Grundnorm*.

A partir de la idea de un orden jurídico escalonado, materialmente, la parte superior estaría ocupada por la Constitución Federal de 1988, elemento de validez de todas las normas, por lo que se supone que, siendo la constitución válida, las demás leyes creadas de conformidad con ella también son válidas. Por lo tanto, habrá inconstitucionalidad cuando una norma entre en conflicto con la Constitución, comprometiendo la supremacía de las normas constitucionales y, por lo tanto, la validez del propio sistema legal.

La jerarquía de normas legales introducida por Hans Kelsen fue responsable de introducir en la Ley Positiva la idea del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y los actos normativos por parte de un Tribunal Constitucional como garantía de la supremacía constitucional⁴⁴

En contexto, el control de la constitucionalidad de las leyes en el sistema de constituciones rígidas sigue la escala del orden jurídico de Kelsen en una estructura piramidal, asegurando la primacía a través de la conformidad del acto inferior con el superior en perfecta armonía con sus disposiciones, encontrando su motivo de validez en la Constitución. Por esta razón, las normas inferiores deben estar perfectamente en línea con la Constitución, caso contrario, la norma considerada inválida e incompatible será eliminada del sistema normativo.

La existencia de este escalonamiento normativo es un presupuesto necesario para que la Constitución sea el último elemento de validez de la ley, dado que el control ejercido por el Supremo Tribunal Federal servirá como guía para el legislador positivo, así como para proteger los derechos fundamentales⁴⁵. Como recuerda Ferreira⁴⁶ O., las acciones de control abstracto son de naturaleza objetiva, no tienen partes, es decir, no hay polos opuestos que discutan los derechos subjetivos y son independientes de la existencia de una disputa. Lo que hay es la defensa objetiva de la supremacía de la Constitución y el interés colectivo.

El control concentrado⁴⁷ de las leyes federales y estatales y los actos reglamentarios que caen dentro de la jurisdicción del Supremo Tribunal Federal pueden ser a través de la Acción Directa de

Inconstitucionalidad (ADIN), ya sea genérica, omisión o intervención, cuyo propósito es desafiar la ley federal o estatal o el acto regulatorio, que está en conformidad directa con la Constitución; Acción de constitucionalidad declarativa (ADC), que busca declarar la constitucionalidad de la ley o acto normativo, teniendo como presupuesto la existencia de controversia judicial con respecto a la presunción de constitucionalidad de la ley o acto normativo; y también, el alegato de incumplimiento de los preceptos Fundamentales (ADPF)⁴⁸, cuyo propósito es prevenir o reparar el daño al precepto fundamental, resultante de un acto del Gobierno.

Los estados también pueden promover el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes estatales o los actos normativos frente a las constituciones estatales, cuyas acciones directas promovidas son revisadas por los tribunales de justicia (art. 125, § 2, CRFB/88). Este tipo de control normativo se concentra porque solo puede ser ejercido por el Supremo Tribunal Federal o los Tribunales de Justicia del Estado (en el caso de las constituciones estatales), es diferente del control difuso, que puede ser promovido por cualquier órgano del poder judicial.

El problema de las decisiones políticas que emanan del control material es un tema muy delicado, ya que, según Bonavides⁴⁹, el control material de la constitucionalidad tiene un alto grado de politicidad, que recae en el contenido de la norma busca alinearlos con los cánones de la Constitución y sus principios políticos fundamentales. En este modelo, a pesar de la necesidad de utilizar un método político de interpretación, el cumplimiento constitucional de las leyes se volvió más político que legal. Tal cambio se debe a la naturaleza de los casos considerados por los tribunales o cortes constitucionales.

3.1 Casos juzgados por el Tribunal Supremo: activismo judicial o judicialización de la política

El Supremo Tribunal Federal, a pesar de ser un órgano político, debido a que sus decisiones afectan a otros poderes y a la población en general, tiene límites de acción, ya que no puede decidir por conveniencia y oportunidad. Tampoco su desempeño debe revestirse de ideologías políticas partidistas.

Para Scholz⁵⁰, aparte del carácter político de los casos presentados ante el Supremo Tribunal Federal, la mayoría de las decisiones dictadas en control de constitucionalidad se basan en la interpretación de principios constitucionales del mismo nivel jerárquico, como el ADC 43 y 44 y el ADO 26. En estos casos, como destaca la autora, es necesario buscar fundamentos normativos y racionales basados en la proporcionalidad y la ponderación, evitando el juicio arbitrario y el activismo judicial. Con respecto al argumento de invocar la función diferente, parte de la doctrina⁵¹ entiende que el STF asumirá por sí misma la función de legislar, a través de sus sentencias en el control de constitucionalidad. Las afirmaciones de que el Supremo Tribunal Federal se estaba rompiendo debido a que el principio democrático de independencia y armonía entre los poderes estatales se basa en decisiones tomadas con contenido esencialmente ideológico. En algunas de estas decisiones, la postura adoptada puede caracterizar una invasión del Poder Legislativo y el propio constituyente, como la posibilidad de ejecución de la sentencia después de la condena en segunda instancia (Acciones Declaratorias de Constitucionalidad No. 43 y No. 44⁵²). En este caso, el entendimiento adoptado por el Supremo Tribunal Federal contradice el principio de presunción

de inocencia previsto en el art. 5, inciso LVII, de la Constitución Federal de 1988, según el cual toda persona debe ser presumida inocente hasta el juicio final de la acción penal condenatoria.

Según el relator, Ministro Marco Aurélio, el artículo 283 del Código Procesal Penal se considera constitucional, y las ejecuciones provisionales deben suspenderse después de la decisión de la segunda instancia, de conformidad con las disposiciones del artículo LVII del art. 5 de la Constitución Federal de 1988, en *verbis*: «ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória»⁵³.

Para el ministro Edson Fachin, a pesar del art. 283 del Código Procesal Penal requiere la cosa juzgada para el comienzo de la ejecución de la pena, art. 637 del mismo código c / c arts. 995 y 1029, § 5, del Código de Procedimiento Civil, confieren solo efecto devolutivo en apelaciones extraordinarias y especiales, lo que permitiría la ejecución provisional de la sentencia de la condena en segunda instancia.

De la lectura de los votos y del juicio de las Declaraciones de Constitucionalidad N ° 43 y N ° 44⁵⁴, en 2016, queda claro una clara posición ideológica que se desvía del texto constitucional y viola los principios establecidos en el mismo. Además, las interpretaciones innovadoras y políticas de la Constitución Federal de 1988 practicadas por los partidarios de la ejecución provisional de la sentencia contribuyen a la inestabilidad legal y a las decisiones discrepantes motivadas por la presión popular y las ideologías personales y / o partidistas.

En este sentido, el control abstracto de las normas puede dejar espacio para la expansión del Poder Judicial, lo que lleva a fortalecer los argumentos de la judicialización de la política, la politización de la justicia y el activismo judicial, lo que hace que la Corte invada la esfera legislativa y pase a crear, no solo aplicarlo. En este punto, Campos⁵⁵ y Oliveira⁵⁶ mencionan otros dos juicios: el caso de interrupción del embarazo de fetos anencefálicos y el de la unión homosexual. En estos, la decisión dictada por el STF excedió los límites constitucionales y la legitimidad democrática conferida al guardián de la Constitución, permitiendo la adopción de una postura que claramente invade la esfera del Poder Legislativo y confirma una postura diferente.

En relación con el primer caso, en abril de 2012, el Supremo Tribunal Federal declaró, a través del alegato de incumplimiento de los preceptos fundamentales (ADPF) No. 54, la inconstitucionalidad de la interpretación de que la interrupción del embarazo del feto anencefálico es criminal. El artículo 128 del Código Penal es claro al no castigar el aborto con medicamentos solo en situaciones donde no hay otra manera de salvar la vida de la mujer embarazada o si el embarazo fue el resultado de una violación. Además, cualquier otro tipo de aborto es criminalizado y punible. En otras palabras, aunque la legislatura no excluyó del hecho típico el aborto del feto anencefálico, el Supremo Tribunal Federal, por presión popular e ideológica, consideró que era bueno despenalizarlo.

Según la decisión de la Corte, la acción fue fundada para declarar la inconstitucionalidad de la interpretación de que la interrupción del embarazo del feto anencefálico es una conducta tipificada en los artículos 124, 126, 128, incisos I y II, todo el Código Penal. En este sesgo, Oliveira hace la siguiente crítica:

*Os votos dos ministros que decretaram fora das hipóteses previstas no Código Penal, a antecipação da morte de fetos anencéfalos não só careceram de prévia legitimidade política como também desatenderam aos fins político-jurídicos de qualquer decisão judicial. Novamente aqui, eles fizeram-se legisladores*⁵⁷ (p.110-111).

La crítica que se hace aquí no se trata del carácter moral o ético de la decisión, sino más bien de criticar el desempeño del Supremo Tribunal Federal, lo cual es contrario a su competencia original,

ya que no hubo cambios en el texto legal, tampoco la revocación del dispositivo o adición por parte del legislador. Lo que sucedió fue solo una decisión de la Corte asumiendo la figura del Poder Legislativo e imponiendo una interpretación más allá del texto del Código Penal. Claramente, el Supremo Tribunal Federal actuó como un verdadero legislador positivo, agregando otra exclusión de punibilidad, en el caso del feto que sufre de anencefalia, al delito de aborto.

Según el razonamiento utilizado en la votación⁵⁸ del ministro Gilmar Mendes, del total «de las 194 naciones vinculadas a la ONU, 94 permiten el aborto cuando se verifica la ausencia parcial o total del cerebro fetal». Estos países incluyen estados religiosos reconocidos como Italia, México, Portugal y España, así como Alemania, Sudáfrica, Francia, Estados Unidos, Canadá y Rusia. En todos estos países, «la discusión sobre la posibilidad de interrumpir el embarazo de fetos anencefálicos ha estado ocurriendo durante más de una década, generalmente en debates relacionados con la legalidad del aborto en general».

Otros ejemplos de acciones extensas del Supremo Tribunal Federal son ADIN No. 4,277 y ADPF No. 132, ambos de la relatoría del Ministro Ayres Brito, quien reconoció la constitucionalidad de la unión estable entre personas del mismo sexo como una entidad familiar. Lejos de establecer cualquier crítica a la unión homosexual, se pretende demostrar la ilegitimidad legal mediante la cual se buscó la inserción de este instituto en el sistema legal desde un análisis puramente legalista.

Primero, analizando las disposiciones del art. 1.723 del Código Civil y el art. 226, §3 de la Constitución Federal de 1988, se observa la claridad del legislador al reconocer como entidad familiar la unión estable entre el hombre y la mujer, y no hay forma de eliminar del texto legal otra interpretación. El sentido lingüístico era unívoco, en el sentido literal de las palabras mismas. Sin embargo, Oliveira⁵⁹ explica que «*não foi esse, porém, o direcionamento exegético da Suprema Corte Brasileira, que, contrariamente à fácil exegese daqueles cânones, alterou radicalmente o conceito de união estável*».

Por lo tanto, se observa que la decisión del Supremo Tribunal Federal excedió los límites de la hermenéutica constitucional, creando la ley sin ningún cambio en el texto normativo. En este sentido, Oliveira⁶⁰ hace algunas críticas a los arbitrarios en términos de interpretación, he aquí que los ministros habrían juzgado fuera del límite constitucional e invadido el terreno de la creación de la ley, no porque fuera un caso de omisión legal en la que no existe una norma disciplinaria de unión estable, sino porque han decidido contra la constitución.

Para el ministro Luiz Fux, cuando la Constitución consagró la unión estable, no se pretendía excluir la unión homosexual, sino, por el contrario, al establecer que todos los hombres son iguales ante la ley, sin distinción de ningún tipo, habría una presunción implícita de libertad sexual para el reconocimiento de una unión estable. Como justificación para el voto a favor del reconocimiento de la protección constitucional (implícita) del matrimonio entre personas del mismo sexo, el Ministro menciona que «*a Suprema Corte americana lavra exemplos de que a chancela constitucional da união homoafetiva conspira em prol dos valores constitucionais*»⁶¹ y así concluye «*E para não ficarmos, talvez, só com o progresso norteamericano, temos exemplos belos hoje na Europa, também, desse reconhecimento, o que denota que a sociedade evoluiu e a Suprema Corte, que é a voz da sociedade, também acompanha essa evolução*»⁶².

Sin embargo, permitir que el Supremo Tribunal Federal, supuesto guardián del orden democrático y los preceptos constitucionales, decida políticamente y tendenciosa para seguir ciertas ideologías, perjudica los pilares del estado de derecho democrático, especialmente la separación de los poderes del estado.

Sin embargo, los ministros del Supremo Tribunal Federal no están al unísono en lo que respecta al desempeño expansivo de la corte, como lo demuestra un extracto del voto del Min. Celso de Mello, en ADIN No. 1063-8-DF:

*A Ação Direta de Inconstitucionalidade não pode ser usada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema jurídico, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar.*⁶³ (BRASIL, 2001).

Al adoptar una posición totalmente diferente, Barroso⁶⁴ argumenta que el Supremo Tribunal Federal solo estaba protegiendo el derecho fundamental a la igualdad, lo que legitimaba su acción. Del mismo modo, en relación con la posibilidad de interrumpir el embarazo de fetos anencefálicos, también era necesario que el Supremo Tribunal Federal actuara a favor de los derechos fundamentales expresados en la Constitución Federal, especialmente con respecto a la dignidad de la persona humana. Según la explicación dada por el autor:

Nesses dois casos específicos, um fenômeno chamou atenção. Em razão da natureza polêmica dos dois temas, uma quantidade expressiva de juristas se posicionou contrariamente às decisões - "não por serem contrários ao mérito, absolutamente não..."-, mas por entenderem se tratar de matéria de competência do legislador, e não do STF.

En otras palabras, aunque Barroso admite que ambos asuntos fueron responsabilidad del Poder Legislativo, el hecho de que violen los principios de igualdad y dignidad humana, respectivamente, hace que el desempeño de la Corte sea legítimo como *guardião da Constituição*. Siguiendo el mismo razonamiento, Pereira Souza Neto y Sarmento defienden el papel del Supremo Tribunal Federal en ADPF No. 132 y ADIN No. 4277 como garante de los derechos de las minorías vulnerables:

*O processo político majoritário, que tem lugar no Parlamento e no governo, pode não ser suficientemente atento em relação aos direitos e interesses dos integrantes de grupos vulneráveis. O insulamento judicial diante da política eleitoral permite ao Judiciário que proteja minorias impopulares, cujos direitos poderiam ser atropelados ou desprezados em outras esferas. Esse argumento é um dos que justifica a adoção de uma postura mais ativista do STF no histórico julgamento sobre união homoafetiva*⁶⁵ (p.104).

Desde este punto de vista, la defensa de los derechos fundamentales de las minorías no representadas principalmente en la esfera del poder político daría legitimidad a la posición activista adoptada por el Supremo Tribunal Federal ya que el ejercicio de la jurisdicción constitucional contribuiría a la preservación de la democracia.

Todavía como un ejemplo más reciente: en 2013, el Partido Socialista Popular (PPS) propuso la Acción Directa de Inconstitucionalidad por omisión (ADO) nº. 26, dirigida a la inercia legislativa del Congreso Nacional para emitir una ley que penalice todas las formas de homofobia y transfobia, de conformidad con el art. 5, inciso XLII de la Constitución brasileña de 1988. El propósito de la acción es conferir interpretación de acuerdo con la Constitución al concepto de raza previsto en la Ley 7.716 del 5 de enero de 1989, para reconocer el comportamiento discriminatorio y perjudicial como delitos tipificados en esta ley contra la población LGBT⁶⁶ (BRASIL, 2013). Además de la solicitud para enmarcar la homofobia y la transfobia en la criminalización del racismo prevista en el art. 5º, inc. XLII, de CRFB/88, inicialmente incluyó la solicitud de reconocimiento de la demora inconstitucional del Congreso Nacional en la penalización específica de estas conductas.

Según la manifestación procesal del partido político, la homofobia y la transfobia constituirían especies del género del racismo, dado que el racismo se definiría como «toda ideología que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a

transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras que se identificam com o próprio gênero)»⁶⁷. En este sentido, incluso en base a la narrativa contenida en la inicial, la homofobia y la transfobia serían discriminaciones contra los derechos y libertades fundamentales previstos en el art. 5º, inc. XLI de CRFB / 88, que justificaría su encuadre en la criminalización de la ley de racismo o, como alternativa, requeriría la actividad legislativa para promulgar una nueva legislación penal para crear el tipo criminal en cuestión.

En febrero de 2019, el Supremo Tribunal Federal reconoció la omisión legislativa y decidió dar una interpretación de conformidad con la Constitución para enmarcar los actos de homofobia y transfobia en los tipos penales previstos en la legislación que define los delitos de racismo, hasta que el Congreso Nacional edite la ley. En ese momento, el ministro Alexandre de Moraes argumentó que no hay duda de la existencia de omisión, que caracteriza el estado de incumplimiento constitucional.

En este sentido, habría una determinación constitucional para la edición del derecho penal, tanto que, de acuerdo con los argumentos presentados por los ministros, el Congreso Nacional ha establecido un estándar legislativo para proteger a las minorías y grupos históricamente vulnerables, como sucedió con la edición del Ley 7.716/89, con la protección otorgada a niños y adolescentes (Estatuto del Niño y el Adolescente), la protección de los ancianos, discapacitados y el consumidor (Código de Protección al Consumidor)⁶⁸. En este sentido, en aras de la hermenéutica constitucional, la mayoría de los ministros entendieron que las disposiciones penales de la Ley 7.716/1989 deben interpretarse de acuerdo con el principio de dignidad e igualdad humanas, que son las bases de la República de Brasil.

Hasta febrero de 2019, cuatro ministros votaron a favor de enmarcar la homofobia en la Ley N º 7.716 / 89 que penaliza los actos resultantes de prejuicios raciales o de color. Desde entonces, el juicio había sido interrumpido. En la reanudación de la acción, el 23 de mayo de 2019, el ministro Celso de Mello informó sobre la recepción de una petición del Senado Federal en la que informaba que la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía habría aprobado el proyecto de ley No. 672 de 2019, presentado en 12 de febrero de 2019 por el senador Weverton Rocha Marques de Sousa (PDT / MA). Dicho proyecto de ley modifica la Ley N º 7.716 / 89 para incluir delitos de discriminación o prejuicio de orientación sexual e/o identidad de género. Para el ministro Celso de Mello, relator de la acción, la mera aprobación del proyecto por parte del comité, incluso de forma terminativa, no garantiza su aprobación, ya que hay espacio para apelar a su consideración en el plenario. Para interrumpir el retraso legislativo, sería necesario aprobar el proyecto de ley de la Cámara de Diputados y la sanción de la Presidencia de la República. Los votos ganados fueron de los ministros Marco Aurélio y Dias Toffoli, quienes entendieron que la sentencia ADO No. 26 debería suspenderse para esperar el pronunciamiento final de la Legislatura. Después de que se desestimó el argumento de perjuicio de la cuestión objeto de la acción, todavía se caracterizaría la demora del Congreso Nacional, el Min. Celso de Mello decidió continuar el juicio.

El ministro Alexandre de Moraes hizo uso de instrumentos internacionales de protección, mencionando expresamente el documento emitido por las Naciones Unidas titulado *Born Free and Equal – Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law* que señala los cinco temas⁶⁹ principales para la protección legal de Derechos y libertades fundamentales relacionados con la orientación sexual y la identidad de género. Para el ministro, el «consenso internacional sobre las medidas necesarias para una efectiva protección contra conductas homofóbicas e transfóbicas e a legislação nacional demonstra a existência de significativa omissão constitucional

do Poder Legislativo»⁷⁰, ya que el legislador brasileño estaría retrasando una protección legal efectiva para el derechos fundamentales de toda la comunidad LGBT, especialmente en lo que respecta a la producción de normas penales que reprimen cualquier tipo de discriminación, en los términos exigidos por el inciso LXI del artículo 5 de la Constitución Federal de 1988.

En la última sesión de juicio del caso, en el Supremo Tribunal Federal, el 13 de junio de 2019, votaron los ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luis Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia y Gilmar Mendes a favor de enmarcar la homofobia y la transfobia en el tipo penal previsto en la Ley de racismo (Ley 7.716 / 1989) hasta que el Congreso Nacional emita una norma sobre el tema. Los votos de los ministros Ricardo Lewandowski y Dias Toffoli no tuvieron éxito, quienes entendieron que la criminalización de una conducta solo puede ocurrir a través de una ley aprobada por el Congreso Nacional.

Según el voto emitido por el ministro Ricardo Lewandowski⁷¹:

*Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta.*⁷²

El ministro Marco Aurélio, por su parte, no reconoció el retraso legislativo y argumentó que los límites de la separación de poderes y la reserva legal deben respetarse en términos penales.

En la misma fecha, el Senado Federal emitió una nota oficial⁷³ sobre la decisión del Tribunal Supremo Federal, declarando que, a pesar del juicio del Tribunal a favor de la legislación antirracista para castigar la homotransfobia, la mencionada cámara legislativa había enviado una opinión informando la aprobación en la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía, del Proyecto de Ley (PL) 672/2019, que incluye, en la Ley de Racismo, la discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género. Dado que el juicio del Supremo Tribunal Federal se debió a la omisión legislativa de promulgar una ley que castiga la discriminación contra los homosexuales y las personas transgénero, el Senado demostró claramente, en un comunicado, el desacuerdo con la posición del Tribunal:

Diante do exposto, ressalta-se que a Constituição Federal assegura ao Congresso Nacional a atribuição de legislar. O Parlamento respeita a decisão do Poder Judiciário na sua independência e autoridade para dirimir conflitos constitucionais, mas não pode aceitar a interpretação de que é omissa, uma vez que se guia pelo devido respeito à democracia e à pluralidade de opiniões, representadas nos diferentes parlamentares eleitos pelo povo.

De este último caso queda claro que, dada la omisión y la demora de la Legislatura en emitir una norma penal que protege a los grupos vulnerables y concreta el principio de dignidad e igualdad humanas, el Supremo Tribunal Federal promovió la interpretación extensa de la Constitución. Al reconocer la omisión legislativa y dar interpretación de acuerdo con la Constitución Federal para enmarcar los actos de homofobia y transfobia en los tipos penales previstos en la Ley nº 7.716/89, que define los delitos de racismo, el poder judicial promovió la actitud del legislador. Al promover la creación de un tipo criminal inculpativo por analogía, el Supremo Tribunal Federal parece haber violado el principio de legalidad establecido en el texto constitucional en su art. 5, inciso XXXIX: «*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*».

Actualmente, el 28 de junio de 2021, el proyecto de ley 672/2019 fue retirado definitivamente del orden del día, y ya no será sometido a la votación del Senado Federal. Finalmente, lo que se

puede ver en el análisis de los casos anteriores es que no existe una comprensión pacífica en la doctrina sobre los límites de la interpretación constitucional promovida por la Corte. Admitir tales sentencias puede conducir, por un lado, a la observancia de los derechos y, por otro lado, a la invasión de actividades típicas de la Legislatura, comprometiendo garantías legales positivas previamente consolidadas. Aceptar que el Supremo Tribunal Federal en algunas sentencias decida más allá de su competencia en beneficio de la población es admitir que también interfiere en la toma de decisiones que perjudican a los grupos minoritarios.

CONCLUSIÓN

En Brasil, especialmente a fines del siglo XX, la doctrina y la práctica legal se dieron cuenta de que los problemas sociales relacionados con la implementación de políticas públicas, principios y garantías legales se dirigían al ámbito del poder judicial. Entre las razones que llevaron a este protagonismo judicial, desde finales del siglo XX está la inercia del Ejecutivo y la falta de acción de la Legislatura, y la sociedad ha estado utilizando los instrumentos judiciales constitucionales para ver sus intereses y derechos garantizados.

Esta transferencia progresiva del poder de toma de decisiones por parte de las entidades políticas y la sociedad significa que las decisiones importantes sobre cuestiones políticas y sociales, que originalmente pertenecían al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, se trasladan al Poder Judicial, especialmente al Supremo Tribunal Federal a través de las acciones de control de constitucionalidad, como se expone en el presente trabajo.

Este movimiento de expansión de las atribuciones del Poder Judicial ha recibido elogios y críticas, lo que pone dudas sobre la legitimidad de la acción del Supremo Tribunal Federal y hasta qué punto estaría actuando dentro de los límites previstos en la Constitución brasileña de 1988. Las sentencias dictadas en los casos analizados pueden verse como situaciones en las que el Supremo Tribunal Federal asumió la posición de legislador positivo, al entregar el poder de legislar, una función típica atribuida al Congreso Nacional. Al modificar sustancialmente el texto legal, el STF rompe las competencias definidas por la Constitución Federal con respecto a la separación de los órganos que crean el derecho de aquellos que lo aplican. La falta de control de las decisiones y los límites con respecto a la interpretación constitucional promovida por el Supremo Tribunal Federal causa daños al Estado Democrático de Derecho y sus bases.

Estos son los dos lados del Supremo Tribunal Federal: por un lado, guardián de la Constitución, garantizando a través de juicios de acciones para controlar la constitucionalidad, los derechos fundamentales de la persona humana a los grupos minoritarios; y, por otro, interferir con la competencia original del Poder Legislativo al apartarse de la función de garante del orden constitucional y del principio democrático de separación y armonía de los poderes del Estado.

BIBLIOGRAFIA

- Barroso, L. R. (2012). Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn) thesis*, 5(1), 23-32.
- Barroso, L. R. (2017). A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. *Rio de Janeiro: FGV*, 25-77.

- Barroso, L. R. (2018). Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. *Revista Direito e Práxis*, 9, 2171-2228.<<http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>>.
- Bonavides, P. (2010). Curso de direito constitucional. Malheiros.
- Hirschl, R. (2006). The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham L. Rev.*, 75, 721.<<https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol75/iss2/14/>>.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (2001). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.063 DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 18 de junho de 2001. Disponible en <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14820087/acao-direta-de-inconstitucionalidadeadi-1063-df-stf>>.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (2011). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, Plenário*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponible en <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (2011). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, Plenário*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponible en <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (2012). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Plenário*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponible en <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (2013). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Plenário*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2013. Disponible en <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADOM&s1=26&processo=2>>Acesso em: 31.mai.2019.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (2016). *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43, Plenário*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 5 de outubro de 2016. Disponible en <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (2016). *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44, Pleno*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 5 de outubro de 2016. Disponible en <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (2018). *Mantida execução provisória da pena de condenado em esquema de fraude à companhia de energia do RS*. Notícias STF, 29 de agosto de 2018. Disponible em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388327>>.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal (2019). *Ministro acolhe recurso do MPF e autoriza execução provisória de pena restritiva de direitos*. Notícias STF, 14 de fevereiro de 2019. Disponible en <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403362>>.
- Campos, C. A. D. A. (2015). Supremo Tribunal Federal, política e democracia. Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: Forense.
- Castro, M. F. de. (1993). *Política e Economia no Judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos*. Universidade de Brasília.Ferreira, O.A.A. (2016). Controle de constitucionalidade e seus efeitos. 3.ed. JusPodivm.
- Coura, A. C., & de Paula, Q. C. (2018). Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 116.
- Kelsen, H. (1998). Teoria pura do direito. 6.ed. Martins Fontes.
- Kelsen, H. (2003). *Jurisdição Constitucional*. 3.ed. Martins Fontes.
- Kmiec, K. D. (2004). The origin and current meanings of judicial activism. *Calif. L. Rev.*, 92, 1441.<<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>>.

- Matias-Pereira, J. (2021). Impactos da judicialização da política e ativismo judicial no Brasil. *Brazilian Journal of Development*, 7(3), 29286-29316.
- Moraes, A. D. (2000). Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais. Atlas.
- Oliveira, G. C. D. (2014). Hermenêutica e Política do Direito. *Florianópolis: Conceito*.
- Rodrigues de Carvalho, E. (2004). Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de sociologia e política*, 127-139.. < <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782004000200011>>.
- Rodrigues de Carvalho, E. (2005)..Revisão abstrata da legislação e judicialização da política no Brasil. *São Paulo: USP, Tese de Doutorado*.
- Rodrigues de Carvalho, E. (2007). A Ampliação Dos Legitimados Ativos Na Constituinte de 1988: Revisão Judicial e Judicialização da Política. *Revista Brasileira Estudos Politicos*, 96, 293.
- Souza Neto, C. P. D., & Sarmento, D. (2015). Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. *Jurisdição constitucional e política. rio de janeiro: Gen/Forense*.
- Scholz, J.F. (2020). A decisão do Supremo Tribunal Federal nos casos difíceis: uma análise da fundamentação jurídica com base em princípios no julgamento das ações de controle de constitucionalidade. *Revista O Direito Pensa*, v.1, n.1, p.1-16, ISSN 2675-844X.
- Teixeira, A. (1996). *A judicialização da política no Brasil (1990-1996)*. 1997 (Doctoral dissertation, Dissertação (Mestrado em Ciência Política)–Universidade de Brasília, Brasília).BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Senado, Brasília, 1988. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
- Teixeira, A. V. (2012). Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, 8, 037-057.<<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100002>>.
- Vallinder, T., & Tate, C. N. (Eds.). (1995). *The global expansion of judicial power*. New York University Press.
- Verbicaro, L. P. (2008). Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. *Revista Direito GV*, 4, 389-406.< <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200003>>.
- Verbicaro, L. P. (2012). A (i) legitimidade democrática da judicialização da política: uma análise à luz do contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, 13(101), 445-488.
- Verbicaro, L. P. (2017). Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial. *Rio de Janeiro: Lumen Juris*.
- Vianna, L. W., Burgos, M. B., & Salles, P. M. (2007). Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo social*, 19, 39-85.<<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>>.
- Vianna, L. W. (1999). A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Editora Revan.

Notas

- * Catedrática en el Curso de Derecho del Centro Universitario Católico de Santa Catarina y en el Programa de Postgrado en Derecho de la Universidad del Valle de Itajaí (UNIVALI).
- ** Profesora de Derecho en el Centro Universitario Católico de Santa Catarina
- 1 Vallinder, T., & Tate, C. N. (Eds.). (1995). *The global expansion of judicial power*. New York University Press.
- 2 Vallinder y Tate, *op.cit.* p.28-33.
- 3 For clarity and consistency, I follow Vallinder's conceptual survey of the judicialization of politics (chap. 2 of this volume), which suggest two core meanings for the term: 1. the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. the process by

- which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures (Tate y Vallinder op.cit, p. 28).
- 4 «Several of these factors are international in their scope. Perhaps the most stunning of these has been the breakdown of totalitarian communism in Eastern Europe and the disappearance of the Soviet Union, leaving the United States, the home of the judicialization of politics, as the one and only superpower (Ibid, p.2) ».
- 5 Tate y Vallinder, *op.cit.*
- 6 La separación de poderes según la teoría elaborada por Montesquieu es señalada por los autores como una de las condiciones facilitadoras de la judicialización de la política, pero no necesariamente y siempre es una de sus causas.
- 7 Hirschl, R. (2006). The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham L. Rev.*, 75, 721
- 8 Ibid.
- 9 Ibid, p.723.
- 10 Ibid, p.724-725.
- 11 En el presente artículo, solo se consideraron estos estudios empíricos, aunque otros autores de renombre también abordaron la judicialización de la política como tema de investigación teórica.
- 12 Castro, M. F de. (1993). Política e Economia no Judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos. Universidade de Brasília.
- 13 Teixeira, A. (1997). A judicialização da política no Brasil (1990-1996). 1997 (Doctoral dissertation, Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade de Brasília, Brasília).
- 14 Vianna, L. W. (1999). A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Editora Revan.
- 15 Vianna, L. W., Burgos, M. B., & Salles, P. M. (2007). Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo social*, 19, 39-85
- 16 Rodrigues de Carvalho, E. (2004). Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de sociologia e política*, 127-139.
- 17 Verbicaro, L. P. (2017). Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial. *Rio de Janeiro: Lumen Juris*.
- 18 Barroso, L. R. (2012). Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn) thesis*, 5(1), 23-32.
- 19 La investigación de Marcus Faro de Castro se distingue de las demás por tener como objetivo el estudio de las instituciones políticas brasileñas a partir del análisis de los ADIN ingresados entre 1988 y 1993. Aunque, años más tarde, su investigación ayudó a comprender el papel desempeñado por el poder judicial, al principio la intención del autor no era estudiar el desempeño del Supremo Tribunal Federal.
- 20 Castro, *op.cit.*
- 21 Teixeira, *op.cit.*
- 22 Vianna, *op.cit.*
- 23 Vianna, Burgos y Salles, *op.cit.*
- 24 Vianna, Burgos y Salles, *op.cit.*
- 25 Ibid, p.54.
- 26 Rodrigues de Carvalho, E. (2004). Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de sociologia e política*, 127-139.
- 27 Rodrigues de Carvalho, E. (2007). A Ampliação Dos Ligitmados Ativos Na Constituinte de 1988: Revisao Judicial e Judicializacao da Política. *Revista Brasileira Estudos Politicos*, 96, 293.
- 28 Verbicaro, L. P. (2008). Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. *Revista Direito GV*, 4, 389-406.
- 29 Verbicaro, L. P. (2012). A (i) legitimidade democrática da judicialização da política: uma análise à luz do contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, 13(101), 445-488.
- 30 Campos, C. A. D. A. (2015). Supremo Tribunal Federal, política e democracia. *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, p.178.
- 31 Campos, *op.cit*, p.178.
- 32 Carvalho, *op.cit.*
- 33 Matias-Pereira, J. (2021). Impactos da judicialização da política e ativismo judicial no Brasil. *Brazilian Journal of Development*, 7(3), 29286-29316.

- 34 Coura, A. C., & de Paula, Q. C. (2018). Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 116.
- 35 Barroso, L. R. (2012). Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis, 5(1), 23-32.
- 36 Ibid, p.24.
- 37 Ibid.
- 38 Ibid, p.26.
- 39 Barroso, L. R. (2017). A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV, 25-77.
- 40 Ibid, p.6..
- 41 Ferreira, O.A.A. (2016). Controle de constitucionalidade e seus efeitos. 3.ed. JusPodivm.
- 42 En su trabajo *Jurisdicción constitucional*, Hans Kelsen explica la estructura de la jurisdicción constitucional adoptada por la Constitución alemana de 1919 y la Constitución austriaca de 1920, después de haber colaborado en la redacción de esta última para insertar la creación de un Tribunal Constitucional, es decir, un órgano responsable del control concentrado de la constitucionalidad de los actos legislativos y ejecutivos. En 1934, Kelsen publica una de sus principales teorías, la obra *Teoría pura del derecho* (en alemán *Reine Rechtslehre*) que propone el escalonamiento del orden legal, concibiendo la Ley como una construcción en capas donde la Constitución está en la cima, actuando como una base de validez suprema de todas las normas legales debajo de ella. La preocupación del jurista austriaco era encontrar la validez de la ley dentro de la ley misma, dada la necesidad de separarse de los ideales jusnaturalistas, la Escuela de Exégesis, la Escuela de Historia del Derecho, el Movimiento de Derecho Libre y la Jurisprudencia de Intereses. El enfoque positivista neokantiano de Hans Kelsen a la "teoría pura del derecho" fue construir una teoría pura y no un derecho puro para identificar el elemento de validez del sistema legal dentro de la esfera del derecho mismo.
- 43 Kelsen, H.. (1998). Teoría pura do direito. 6.ed. Martins Fontes, p.217.
- 44 Kelsen, H. (2003). Jurisdição Constitucional. 3.ed. Martins Fontes.
- 45 Moraes, A. D. (2000). Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais. Atlas.
- 46 Ferreira, *op.cit.*
- 47 En relación a disposición constitucional de acciones aplicables en el control abstracto de las normas, el art. 102, inciso I, ítem "a", y art. 103 de CRFB/88, exponen como acciones típicas de ese sistema, la acción directa de inconstitucionalidad (ADIN), sea genérica o por omisión; la acción declaratoria de constitucionalidad (ADC); y el El alegato de incumplimiento de los preceptos fundamentales (ADPF).
- 48 El alegato de incumplimiento de los preceptos fundamentales (ADPF) se introdujo en la Constitución mediante la Enmienda Constitucional N° 3 del 17/03/1993 como una regla de efectividad limitada que depende de la edición de la ley. Para este fin, el Congreso Nacional emitió la Ley no. 9.882, de 3 de diciembre de 1999, que regula el ADPF, que figura en su art. 2 lo mismo legitimado para proponer el ADIN. A pesar de las críticas doctrinales que rodean al ADPF, no son de hecho (Ver MENDES, Gilmar. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO, comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66), acción dirigida a controlar la constitucionalidad en sí misma, se analizará en detalle debido a su importancia en la implementación y garantía de los derechos fundamentales y al aumento creciente en las estadísticas de la Corte con respecto al número de acciones propuestas.
- 49 Bonavides, P. (2010). Curso de direito constitucional. *Malheiros*, p.269.
- 50 Scholz, J.F. (2020). A decisão do Supremo Tribunal Federal nos casos difíceis: uma análise da fundamentação jurídica com base em princípios no julgamento das ações de controle de constitucionalidade. *Revista O Direito Pensa*, v.1, n.1, p.1-16.
- 51 En este sentido: Kmiec, K. D. (2004). The origin and current meanings of judicial activism. *Calif. L. Rev.*, 92, 1441. Recuperado de: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>>. Acceso en: 8 de marzo de 2017; Teixeira, A. V. (2012). Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, 8, 037-057. Recuperado de: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100002>>. Acceso en: 12 de enero de 2019.
- 52 En los ADC 43 y 44 estaban a favor de la ejecución provisional de la sentencia, los ministros Carmen Lúcia, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux y Teori Zavaski. Contra la ejecución de la sentencia de la condena en segunda instancia, los ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber y Dias Toffoli.
- 53 «nadie será declarado culpable hasta que se haya dictado un fallo final».

- 54 En 2018, la ministra Rosa Weber reafirmó la posibilidad de ejecución provisional de la sentencia después de la condena en segunda instancia, rechazando las medidas cautelares formuladas en los ADC 43 y 44 con el argumento de que sigue la jurisprudencia prevaleciente en la Corte Suprema y respeta el principio de colegialidad. Del mismo modo, en 2019, el ministro Edson Fachin también reafirmó el fallo de la Corte Suprema al autorizar la ejecución provisional de una pena restrictiva de derechos resultante de una condena de segunda instancia por el Tribunal de Justicia de Santa Catarina al acoger la Apelación Extraordinaria (RE) 1161548, presentado por el Ministerio Público Federal (MPF). La posición del STF solo cambió el 7 de noviembre de 2019 durante el juicio final de 43 y 44 de ADC, cuando, por mayoría, reafirmó la constitucionalidad del artículo 283 del CPP, en la redacción dada por la ley 12.403 /11.
- 55 Campos, C. A. D. A. (2015). Supremo Tribunal Federal, política e democracia. *Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: Forense.*
- 56 Oliveira, G. C. D. (2014). *Hermenêutica e Política do Direito. Florianópolis: Conceito.*
- 57 Oliveira, *op.cit.*, p.110-111.
- 58 Según un extracto de la votación emitida por el ministro Gilmar Mendes en la sentencia ADPF No. 54: «El análisis del derecho comparado puede servir como un apoyo efectivo para la consideración de temas nacionales controvertidos. Con respecto al aborto anencefálico, es válido no solo verificar la forma en que otras naciones han tratado o aún lidiar con este problema, sino principalmente usar experiencias extranjeras para dar fe del grado de complejidad del tema aquí». (p. 277).
- 59 Oliveira, *op.cit.*, p.102.
- 60 *Ibid*, p.107.
- 61 «la Corte Suprema de los Estados Unidos dibuja ejemplos de que el sello constitucional de la unión homosexual conspira a favor de los valores constitucionales»
- 62 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, Plenário.* Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. En este caso, es necesario enfatizar el riesgo que implica la mera mención de otros probados internacionalmente sin el análisis previo de la integridad de cada uno. El ministro Luiz Lux solo consideró el breve resumen de las sentencias mencionadas y no desarrolló un análisis sustancial e integral de las peculiaridades de cada caso. Sin embargo, las justificaciones dadas por los ministros de la Corte y por los ministros de otros tribunales internacionales generalmente mencionan los casos juzgados a nivel estadounidense y europeo debido a la influencia mundial de estos dos modelos de jurisdicción constitucional. Sobre la influencia de los dos modelos ver: Barroso, L. R. (2018). Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. *Revista Direito e Práxis*, 9, 2171-2228.).
- 63 La Acción Directa de Inconstitucionalidad no puede usarse con el propósito de convertir indebidamente a la Corte en un legislador positivo, ya que el poder de innovar el sistema legal, en su carácter inaugural, es una función típica de la institución parlamentaria.
- 64 Barroso (2017), *op.cit.*
- 65 SOUZA NETO, C. P. D., & SARMENTO, D. (2015). Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. *Jurisdição constitucional e política. rio de janeiro: Gen/Forense*, p.104.
- 66 El término LGBT (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Travestis y Transgénero) se usó con más frecuencia en Brasil después de la Conferencia Nacional de Personas Gay, Lesbianas, Bisexuales, Travestis y Transgénero, convocada por Decreto Presidencial del 28 de noviembre de 2007.
- 67 «cualquier ideología que predique la superioridad / inferioridad de un grupo sobre otro (y la homofobia y la transfobia implica necesariamente la disminución de la población LGBT en relación con las personas cisgénero heterosexuales que se identifican con su propio género) ».
- 68 Ver en su totalidad el voto emitido por el Ministro Alexandre de Moraes. Recuperado de: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>> Acceso en 31 de mayo de 2019.
- 69 1. Protect individuals from homophobic and transphobic violence 2. Prevent torture and cruel, inhuman and degrading treatment of LGBT persons; 3. Decriminalize homosexuality; 4. Prohibit discrimination based on sexual orientation and gender identity; 5. Respect freedom of expression, association and peaceful assembly.
- 70 «consenso internacional sobre las medidas necesarias para la protección efectiva contra la conducta homofóbica y transfóbica y la legislación nacional demuestra la existencia de una omisión constitucional significativa del Poder Legislativo»

- 71 El voto completo del ministro Ricardo Lewandowski está disponible en el portal de noticias STF. Recuperado de: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>>.Acceso en: 26 junio.2019.
- 72 A pesar del disgusto que provoca conductas prejuiciosas de cualquier tipo, es cierto que solo el Poder Legislativo puede criminalizar la conducta, siendo la ley en el sentido formal esencial en esta línea. Efectivamente, el principio de reserva legal, inscrito en el art. 5, XXXIX, de la Constitución, establece que «no hay delito sin una ley previa que lo defina, ni pena sin previa coordinación legal». La Carta Magna es clara: solo la ley, en el sentido formal, puede criminalizar la conducta.
- 73 El 13 de junio de 2019, el Senado Federal publicó la siguiente nota: la Presidencia del Senado publica una nota sobre la decisión de STF de criminalizar la homotransfobia. Recuperado de: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/13/presidencia-do-senado-divulga-nota-sobre-decisao-do-stf-de-criminalizar-a-homotransfobia>>.Acceso en: 26 junio.2019.