

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO
CÂMPUS DE ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

ELISANDRA FABRÍCIA BERNSTEIN

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO STF: LIMITES E
POSSIBILIDADES**

ERECHIM/RS

2020

ELISANDRA FABRÍCIA BERNSTEIN

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO STF: LIMITES E
POSSIBILIDADES**

**Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito, Departamento de
Ciências Sociais Aplicadas da Universidade
Regional Integrada do Alto Uruguai e das
Missões – Câmpus de Erechim.**

**Orientador: Prof. M.e Andrey Henrique
Andreolla**

ERECHIM/RS

2020

ELISANDRA FABRÍCIA BERNSTEIN

**CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO STF: LIMITES E
POSSIBILIDADES**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas da Universidade
Regional Integrada do Alto Uruguai e
das Missões – Erechim.**

Erechim, 28 de outubro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. M.e Andrey Henrique Andreolla
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof^a. Ma. Caroline Isabela Capelesso Ceni
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof^a. Ma. Diana Casarin Zanatta
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Dedico este trabalho aos meus pais Milton José Bernstein e Márcia Terezinha Bernstein por serem o meu porto seguro e ao meu afilhado Bernardo Henrique Bernstein por ser a luz da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer imensamente a todas as pessoas que contribuíram de alguma forma com a minha jornada acadêmica e para a realização e finalização deste trabalho, como também a Deus que me deu força e coragem para superar todos os obstáculos que enfrentei ao longo da minha graduação.

Meu amor e minha eterna gratidão aos meus pais Milton José Bernstein e Márcia Terezinha Bernstein por todo o incentivo ao longo da faculdade, que, com muito carinho, apoio e amor incondicional, não mediram esforços para que eu concluísse esta etapa de minha vida.

Agradeço também ao meu namorado Carlos Eduardo dos Santos pela compreensão e amparo durante esse período singular de minha vida, aos meus irmãos Felipe Márcio Bernstein e Fernando Bernstein e às minhas amigas Valeria Ruziski, Nicole Vicenzi Beutler, Mayara Lisiane Amaro, Elis Fabiola Aniecevski e Jéssica Angonese que, ao longo desta etapa, contribuíram imensamente para que essa caminhada fosse mais alegre e agradável. Também aos demais amigos e colegas que viveram esta experiência comigo, agradeço pela parceria dos últimos anos, vocês ficarão eternamente no meu coração.

Toda a minha gratidão à equipe de professores que compõem o corpo docente do Curso de Direito da universidade por todo conhecimento transmitido, especialmente ao meu professor orientador Mestre Andrey Henrique Andreolla por estar sempre presente e por me conduzir na elaboração e conclusão deste trabalho com dedicação, apoio e paciência.

Agradeço também aos professores componentes da minha banca de defesa pela disponibilidade na leitura deste trabalho e por contribuírem para o crescimento deste por meio de seus apontamentos.

Todas as palavras de gratidão parecem escassas, pois não expressam o verdadeiro significado que vocês tiveram para mim neste percurso. Indubitavelmente, esta vitória é também a vitória de todos vocês.

Por fim, para quem não mencionei, mas de alguma forma esteve ao meu lado neste caminho que percorri nos últimos anos, deixo minha lembrança e agradecimento.

*Palavras são, na
minha não tão humilde opinião, nossa
fonte inesgotável de magia.*

(J.K. ROWLING)

RESUMO

Os direitos e garantias fundamentais estão previstos na Constituição Federal de 1988 para a garantia dos direitos básicos individuais, sociais, difusos e à democracia ao cidadão brasileiro. O artigo 5º, inciso XLI, do mesmo diploma legal, prescreve que qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais deverá ser punida por lei, assim como a omissão legislativa no que tange à criminalização das condutas homotransfóbicas. Assim, a presente pesquisa monográfica tem por objetivo geral avaliar a possibilidade da construção do crime de homotransfobia em equiparação ao crime de racismo, por meio do Poder Judiciário, mediante postura que condiz com a ideia de ativismo judicial. Para tanto, inicialmente, é necessário explicar o princípio da legalidade e as normas do Direito Penal brasileiro, seus fundamentos e desdobramentos. Depois disso esclarecer aspectos acerca do princípio da separação dos Poderes, como também compreender, analisar e apontar críticas e posicionamentos favoráveis acerca do instituto do ativismo judicial. Para, enfim, analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal que equiparou as condutas discriminatórias em razão da identidade de gênero e orientação sexual ao crime de racismo, evidenciando-se eventuais posicionamentos favoráveis e contrários acerca do julgamento. A justificativa do estudo reside justamente na discussão acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal criminalizar as condutas homotransfóbicas em equiparação ao crime de racismo, como ferramenta de satisfação das demandas sociais e democráticas. Assim, denota-se que a decisão do STF de criminalizar as condutas homotransfóbicas em equiparação ao crime de racismo extrapola a sua competência, evidenciando-se autêntico ativismo judicial, como também não observa o princípio da legalidade, tampouco a proibição da analogia *in malam partem*. A metodologia utilizada para o desenvolvimento do presente trabalho se baseou em pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, por meio dos métodos indutivo e analítico-descritivo.

Palavras-chave: Homofobia. Homotransfobia. Racismo. Equiparação. STF. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

Fundamental rights and guarantees are provided for in the 1988 Federal Constitution to guarantee basic individual, social, and diffuse rights and democracy to Brazilian citizens. Article 5, item XLI, of the same legal diploma, prescribes that any discrimination that undermines fundamental rights and freedoms must be punished by law, as well as the legislative omission regarding the criminalization of homotransphobic conduct. Thus, the present monographic research has the general objective of evaluating the possibility of the construction of the crime of homotransphobia in comparison with the crime of racism, through the Judiciary, through a posture that is consistent with the idea of judicial activism. To do so, initially, it is necessary to explain the principle of legality and the rules of Brazilian Criminal Law, its foundations and developments. After that, clarify aspects about the principle of separation of powers, as well as understand, analyze and point out favorable criticisms and positions regarding the institute of judicial activism. Finally, to analyze the decision of the Supreme Federal Court that equated discriminatory conduct based on gender identity and sexual orientation with the crime of racism, showing possible favorable and contrary positions regarding the trial. The justification of the study lies precisely in the discussion about the legitimacy of the Supreme Federal Court to criminalize homotransphobic conduct in the same way as the crime of racism, as a tool to satisfy social and democratic demands. Thus, it is noted that the decision of the Supreme Court to criminalize homotransphobic conduct in comparison to the crime of racism goes beyond its competence, showing authentic judicial activism, as well as not observing the principle of legality, nor does the prohibition of the analogy *in malam partem*. The methodology used for the development of the present work was based on bibliographic, documentary and jurisprudential research, through the inductive and analytical-descriptive methods.

Keywords: Homophobia. Homotransphobia. Racism. Matching. STF. Judicial Activism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AS NORMAS DO DIREITO PENAL.....	11
2.1 Princípios limitadores do poder punitivo estatal: necessidades e importâncias.....	11
2.2 Conceituação e fundamentos	13
2.3 Evolução histórica	16
2.4 Funções e desdobramentos do princípio da legalidade.....	20
2.4.1 Anterioridade ou <i>lege praevia</i>	21
2.4.2 Reserva legal ou <i>lege scripta</i>	22
2.4.3 Proibição de analogia <i>in malam partem</i> ou <i>lege stricta</i>	23
2.4.4 Taxatividade da lei ou mandato de certeza ou <i>lege certa</i>	24
3 NOÇÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL	26
3.1 O princípio da separação dos Poderes e a delimitação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.....	26
3.2 Conceito e breves considerações históricas acerca do ativismo judicial ...	28
3.3 Críticas e posicionamento doutrinário em relação à postura ativista judicial	32
3.4 A distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política	37
4 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA EM EQUIPARAÇÃO AO CRIME DE RACISMO POR MEIO DO PODER JUDICIÁRIO.....	41
4.1 Vozes positivas e dissonantes acerca da decisão que criminalizou as condutas homotransfóbicas em equiparação ao crime de racismo pelo STF...	45
4.2 À guisa de uma resposta com base no princípio da legalidade	49
5 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê um rol vasto de direitos e garantias fundamentais que são considerados como indispensáveis à pessoa humana, eis que visam assegurar uma vida digna, pautada na igualdade e na liberdade. Assim, no contexto social moderno é sabido que o Poder Judiciário detém a importante função de efetivar as garantias constitucionais insculpidas na Carta Magna através de princípios e regras, mediante decisões fundamentadas, conforme dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

Dentre todos esses direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, evidencia-se o inciso XLI que prescreve que qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais deverá ser punida por lei. A partir disso, surge a necessidade de criminalizar as condutas discriminatórias em razão de identidade de gênero e orientação sexual, porém, mesmo com esse mandamento constitucional desde 1988, o Poder Legislativo se manteve inerte e omissivo.

Diante da omissão do Poder Legislativo, a Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT) e o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizaram, respectivamente, o Mandado de Injunção (MI) n.º 4733, no ano de 2012, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26 perante o Supremo Tribunal Federal. Nas referidas ações, os autores asseveraram a necessidade de equiparar os atos discriminatórios de sexo e gênero ao crime de racismo e alegaram o decurso de lapso temporal irrazoável para a implementação da medida pelo Poder Legislativo.

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou os processos conjuntamente e decidiu por criminalizar as condutas homotransfóbicas, de modo que tais práticas restaram enquadradas na lei do racismo (lei n.º 7.716/1989), equiparando-se, assim, a homofobia e transfobia ao crime de racismo.

Desse modo, a relevância do presente trabalho encontra respaldo na discussão acerca dessa decisão do STF na criminalização da homotransfobia em equiparação ao crime de racismo, como ferramenta de satisfação das demandas sociais e democráticas, objetivando-se avaliar a possibilidade da construção do crime de homofobia em equiparação ao crime de racismo, por meio do Poder Judiciário, mediante postura que condiz com a ideia de ativismo judicial.

Sendo assim, para melhor compreensão do tema, a pesquisa foi dividida em três capítulos. No primeiro capítulo é necessário analisar o Princípio da Legalidade e as normas do Direito Penal brasileiro, bem como seus desdobramentos e fundamentos, visto que tanto a Constituição Federal quanto o Código Penal expressam que não há crime sem lei anterior que o defina.

No segundo capítulo, abordar-se-á, inicialmente, a divisão dos poderes, conceito trazido por Montesquieu, que se revela como a base da Constituição Democrática de 1988, sendo que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, autônomos e interdependentes, recebem grande valia na Carta Magna e devem exercer suas atribuições conforme os limites por ela estabelecidos. Depois disso, serão analisadas as questões referentes ao ativismo judicial, pois devido às reiteradas omissões dos Poderes Executivo e Legislativo no cumprimento dos ditames constitucionais, muitas vezes o Poder Judiciário atua de modo ativista para garantir o cumprimento dos direitos consagrados na Constituição Federal, causando, assim, debates em relação à essa ultrapassagem na linha demarcatória das competências dos Poderes.

Por fim, no terceiro capítulo será analisada a referida decisão do STF que equiparou as condutas discriminatórias em razão da identidade de gênero e orientação sexual ao crime de racismo, evidenciando-se eventuais posicionamentos favoráveis e críticos acerca do julgamento.

Desse modo, a ideia do presente estudo se originou justamente após analisar a decisão do STF e vislumbrar, nessa decisão, autêntico ativismo judicial. Nesse ponto, foi possível perceber nítida mudança na postura do Poder Judiciário brasileiro, que passou adotar espécie de postura legislativa, algo que não é de sua incumbência.

Portanto, a criminalização da homofobia em equiparação ao crime de racismo através da decisão do STF evidencia tal postura ativista no Poder Judiciário brasileiro, uma vez que a conduta da homofobia restou criminalizada pela via, em tese, incorreta. A presente pesquisa, então, buscará entender se é ou não possível tal decisão por referido órgão, analisando, concomitantemente, quais são os limites de sua atuação.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do presente trabalho se baseou em pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, por meio dos métodos indutivo e analítico-descritivo.

2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AS NORMAS DO DIREITO PENAL

Todo o ordenamento jurídico brasileiro é regido por uma série de princípios constitucionais norteadores de grande relevância jurídica. Assim, entender o Princípio da Legalidade e as normas do direito penal é de suma importância, no sentido de compreender melhor esse ramo jurídico, porquanto esse mandamento pode ser considerado como verdadeira garantia de limitação do poder punitivo estatal, como também de que a omissão legislativa não abre espaço para inovações criativas do Poder Judiciário, especialmente para fins de responsabilização penal.

Diante disso, é sob essa perspectiva acerca do Princípio da Legalidade que o estudo acerca da equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo pelo Supremo Tribunal Federal deve ser iniciado, para fins de orientar e guiar o entendimento das normas infraconstitucionais em matéria penal e, especialmente, sobre a referida decisão.

2.1 Princípios limitadores do poder punitivo estatal: necessidades e importâncias

Antes mesmo de abordar o tema sobre os princípios limitadores do poder punitivo estatal, é importante explicar brevemente o próprio termo princípio para fins de melhor entendimento acerca do assunto. É possível afirmar que os princípios são normas de conteúdo amplo e com grande grau de generalidade que servem para integrar, interpretar, compreender e aplicar o direito positivo, inclusive englobando e norteando as regras em caso de conflito entre elas. (NUCCI, 2019).

Considerando a força normativa dos princípios, Estefam e Gonçalves (2020) advertem que eles não podem ser entendidos tão somente como simples pretensões e orientadores genéricos. Nesse sentido, compreende-se que os princípios são capazes de traduzir os valores fundamentais inseridos na sociedade por meio da Carta Constitucional.

Ademais, insta consignar o entendimento de Alexy (2015 apud NUCCI, 2019, p. 66):

Os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior amplitude possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto. São mandados de otimização, caracterizados pela aptidão de serem satisfeitos em graus variados, além do que a medida de sua satisfação

não depende apenas das viabilidades fáticas, mas também das alternativas jurídicas.

Hodiernamente é possível afirmar que todo o ordenamento jurídico brasileiro é fundamentado em certos princípios como elementos essenciais e diretores, dentre os quais grande parte são juridicizados tanto constitucional quanto inconstitucionalmente. Esses princípios surgiram baseados em valores éticos, culturais e jurídicos ao longo de períodos da sociedade e com o tempo se firmaram como basilares da sociedade democrática. (PRADO, 2019).

Durante o período iluminista, os ideais difundidos de igualdade e liberdade modificaram a estrutura formal do Direito Penal com a imposição de limites à intervenção estatal nas liberdades individuais em contraste com a face cruel que predominava no Absolutismo. Nesse contexto, os Estados Democráticos passaram a integrar em seus respectivos Códigos Penais esses princípios limitadores, inclusive como mandamento constitucional para garantir o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. (BITENCOURT, 2019).

Nesse sentido, Prado (2019, p. 153, grifo do autor) afirma que:

Os princípios penais constituem o núcleo **essencial** da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito - suas categorias -, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal.

De acordo com Bitencourt (2019, p. 53-54, grifo do autor), na atualidade, esses princípios limitadores são conhecidos como “princípios reguladores do controle social, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de **Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito**”. Importante destacar que os princípios norteadores do Direito Penal têm a função precípua de assegurar ao cidadão garantias perante o poder punitivo do Estado, inclusive com suporte constitucional em matéria penal, os quais podem ser localizados no artigo 5º da Constituição Federal, “cuja função consiste em orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um **Direito Penal mínimo** e garantista.”

Insta salientar que há diferença entre os princípios de natureza penal constitucional (também conhecidos como princípios penais propriamente ditos) que estão previstos na Carta Magna e os princípios constitucionais gerais que abarcam a matéria penal. Enquanto que:

[...] os primeiros integram o ordenamento penal positivo “em razão do próprio conteúdo, têm, ademais, características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vinculam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no setor delicado do Direito Penal”, e outros princípios de conteúdo não especificamente penais (de caráter geral ou heterogêneo), também consagrados no texto constitucional, que versam sobre matéria penal (v.g., princípios de proporcionalidade, de igualdade, de necessidade). Estes últimos se referem à matéria de relevância constitucional, estabelecendo quase sempre suas diretrizes. Sua influência no Direito Penal moderno pressupõe, em certa medida, seu caráter sancionatório, “enquanto (...) condicionam, com prevalência, o conteúdo, a matéria penalmente disciplinada, e não a forma penal de tutela, o modo de disciplina penalística”. Em suma: os primeiros são princípios **penais** constitucionais, e os segundos são **constitucionais** penais. Tanto em um sentido como em outro, operam como fundamento e limite do exercício da atividade punitiva estatal (PRADO, 2019, p. 154, grifo do autor).

Por fim, atribui-se aos princípios constitucionais penais indistinta importância já que são eles os formadores da base principiológica do sistema jurídico penal, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF), da legalidade (artigo 5º, XXXIX, CF) e da culpabilidade (artigo 5º, LVII, CF), dos quais derivam diversos outros princípios. Assim, é possível afirmar que o ordenamento jurídico penal é composto por três camadas normativas. Por óbvio, o núcleo central, que é maior e mais consistente, diz respeito aos princípios supracitados, conhecidos como princípios basilares ou estruturantes. Em seguida, vêm os princípios chamados de derivados ou decorrentes (como, por exemplo, princípios da retroatividade benéfica da lei penal, da insignificância, da alteridade, dentre outros), que são impulsionados e inspirados pelos princípios centrais. E, finalmente, a camada mais rasa composta por todas as regras que devem estar em conformidade com os princípios basilares e decorrentes. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

2.2 Conceituação e fundamentos

Considerando os mais diversos princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, nesse momento, o enfoque do estudo é em relação ao princípio da

legalidade que estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, conforme o artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Esse mandamento também está previsto no artigo 1º do Código Penal brasileiro com a mesma redação do texto constitucional (BRASIL, 1940).

Insta salientar que o referido princípio também se aplica às contravenções penais, em que pese haja referência apenas ao termo crime, pois esse foi utilizado apenas em sentido genérico pela Constituição Federal e também pelo Código Penal. De igual sorte, no artigo 1º do Decreto-lei 3.688/1941, Lei de Contravenções Penais, é disposto que se aplicam as regras gerais do Código Penal às contravenções penais, exceto disposições contrárias. (MASSON, 2019).

Deve-se atentar a diferenciação entre a legalidade penal e o princípio da legalidade em sentido amplo, que não é voltado, exclusivamente, à esfera penal, e está disposto no artigo 5º, inciso II, da CF, que prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Isso significa que somente a lei, *lato sensu*, poderá limitar a liberdade individual das pessoas de modo a obrigá-las a agirem de determinado modo. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

O princípio da legalidade no ordenamento pátrio brasileiro está em conformidade com as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê a impossibilidade de uma condenação por qualquer ação ou omissão que, na época do cometimento, não constituía delito perante o direito nacional ou internacional, como também não é possível aplicar pena mais gravosa do que aquela aplicável no momento de sua prática. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

A justificativa central da importância do princípio da legalidade reside no controle do poder do Estado e do excesso de seu poder punitivo, conforme explica Bitencourt (2019, p. 54):

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo.

Dessa forma, o alicerce do princípio legalista é a proteção da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade, mediante a vinculação do conjunto de poderes

do Estado à legislação, o que elimina o desrespeito à ordem jurídica e limita a arbitrariedade estatal na utilização do *jus puniendi* e garante que a lei seja aplicada de modo igualitário a todos os cidadãos, determinando-se a obediência de todas as pessoas à imperatividade da lei. (PRADO, 2019).

Assim, é possível afirmar que um Estado de Direito deve proteger o cidadão não somente através do Direito Penal, mas também do próprio Direito Penal. Isso significa que o sistema jurídico penal não pode ter somente métodos e meios adequados para a prevenção do crime, mas também impor limites ao uso poder punitivo estatal, de modo que o indivíduo não fique desprotegido e à mercê da intervenção arbitrária ou excessiva do “Estado Leviatã”. Desse modo, o princípio da legalidade busca evitar uma punição arbitrária e não mensurável sem lei anterior ou com base em legislação imprecisa ou retroativa. (ROXIN, 1997).

Ainda, o aludido princípio se fundamenta em três aspectos, quais sejam, o político que exige a vinculação dos Poderes Executivo e Judiciário a leis elaboradas abstratamente com o fim de impossibilitar a arbitrariedade do *jus puniendi*, o democrático que é a representação da obediência à divisão dos três poderes, sendo que o Poder Legislativo é o responsável pela elaboração de leis, e o jurídico que reflete a intimidação pela existência de lei prévia e precisa. (CUNHA, 2016).

Adicionalmente a isso, Martinelli e Bem (2019) explicam os fundamentos do princípio da legalidade. O fundamento político democrático-representativo significa que somente o representante da vontade popular, o Congresso Nacional, poderá legislar e definir os delitos e as respectivas sanções, assim, a competência de legislar em matéria penal concentrada na União se revela como uma uniformização da legislação criminal. Já o fundamento político-criminal se baseia na coação psicológica em que a intimidação faz com que os cidadãos se motivem a agir conforme as normas penais para evitar a sanção decorrente do cometimento de infrações penais que reforça esse efeito de ameaça. Para isso, é necessário que a proibição esteja previamente descrita em lei e de forma clara a fim de gerar esse efeito intimidatório. Por fim, o fundamento protetor particular perante o poder estatal é relativo ao Estado intervir minimamente na restrição de liberdade dos indivíduos devido a vinculação do poder estatal à lei em abstrato.

De acordo com Roxin (1997), o princípio “não há crime sem lei” possibilita que se escape das malhas do ordenamento jurídico penal, por esse motivo que Franz V. Litz intitolou o Código Penal como “Magna Carta dos Delinquentes”, pois comparou

que a “*Magna Charta British Libertatum*” (1215) defendeu as pessoas de intervenções abusivas do poder do Estado, enquanto que o sistema penal protege o indivíduo de sanções por condutas que não haviam sido explicitadas como puníveis antes do fato. Assim, em determinadas oportunidades uma conduta ilícita ficará impune, mas esse é o custo que o legislador arca pela ausência de arbitrariedade e pela segurança jurídica.

Por conseguinte, o princípio legalista é fundamental no que tange a garantia da segurança jurídica, já que visa proteger os indivíduos de sanções que não estejam baseadas em legislação escrita, em conteúdo certo e anterior à conduta, devendo-se, ainda, ter integral correlação entre a conduta praticada e o tipo penal incriminador para configurar uma infração penal e, assim, ser imposta a sanção correspondente. (ESTEFAM, 2020).

2.3 Evolução histórica

Nessa toada, inevitável discorrer brevemente acerca dos pilares históricos que permeiam o princípio da legalidade, uma vez que

[...] constitui uma **efetiva** limitação ao poder punitivo estatal. Embora seja hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento percorreu um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados. Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da legalidade através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da legalidade é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado (BITENCOURT, 2019, p. 54, grifo do autor).

O doutrinador Jesus (2014) explicou que, em que pese formulado em latim, a doutrina majoritária entende que o princípio da legalidade não tem origem romana. Após detalhada análise histórica, o autor entende que o referido princípio teria se originado no famoso artigo 39 da Magna Carta inglesa, de João Sem Terra (1215)¹. Por outro lado, o doutrinador refere que o autor Asúa afirmava que o mandamento havia sido originado, na verdade, nas instituições do Direito ibérico, porquanto em

¹ “Art. 39. Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.” (GRECO, 2017, p. 17).

1118 nas Cortes de Leão, pela voz de Afonso IX, já era possível conferir ao súdito o direito de não lhe perturbarem, pessoalmente ou aos seus bens, enquanto não comparecessem diante da Cúria. Até mesmo na Constituição de Maryland (1776) havia sido defendida a incompatibilidade com a liberdade e a injustiça diante de leis retroativas que declarassem criminosos ou castigassem atos cometidos antes da existência legislativa prévia.

Breves noções introdutórias do princípio da legalidade também apareceram expressamente no *Bill of Rights*² da Filadélfia (1774), na *Declaração de Direitos* da Virgínia (1776) e, conforme acima citado, na Constituição de Maryland (1776). Há menção também das *Petitions of Rights*³ (1628), das colônias inglesas norte-americanas, que passou a exigir maiores e mais efetivas garantias processuais aos acusados por crimes sancionados com morte ou mutilação, sendo que tal entendimento é atualmente chamado de princípio do devido processo legal. (SOARES JR., 2002).

Ainda a despeito do tema, explica Cunha (2016, p. 83):

Para uns, o postulado da legalidade nasceu no Direito romano; para outros, na Carta do Rei João Sem Terra (1215). Entre os estudiosos do Direito Penal, contudo, prevalece que tem fundamento histórico no contrato social idealizado no período iluminista, tendo sido recepcionado pela Revolução Francesa.

Na mesma linha, embora alguns doutrinadores compreendam que a verdadeira semente do princípio da legalidade foi na Carta Magna Inglesa de 1215, Greco (2017) entende que o princípio legalista atingiu o padrão exigido pelo Direito Penal na Revolução Francesa, através dos dispostos nos artigos 7º, 8º e 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Dessa forma, compreende-se que o princípio legalista se consagrou no contexto ideológico do positivismo, resultante de cenários históricos marcados pelo poder autoritário dos governantes. De acordo com Prado (2019), o referido mandamento surgiu no ideário da Ilustração dos pensadores iluministas Montesquieu e Rosseau, precipuamente na obra "*Dei delitti e dele pene*" (1764) do autor Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria.

² Tradução nossa: "Declaração de Direitos".

³ Tradução nossa: "Petição de Direitos".

Na Teoria do Contrato Social, de Rosseau (1762), o princípio da legalidade restou impulsionado, porquanto a teoria do pensador propunha que o indivíduo somente sairia do estado de natureza para celebrar um pacto social, desde que tivesse assegurado minimamente contra o arbítrio estatal, como, por exemplo, de somente ser punido se houvesse regras previamente elencadas, sendo elas objetivas e impessoais. (CAPEZ, 2020).

Depois disso, influenciado por Rousseau, o marquês de Beccaria, na obra acima mencionada, ensinou que somente as leis têm o poder de impor penas aos delitos. Para tanto, essa competência cabe ao legislador, já que é o representante da sociedade unida pelo contrato social. (CAPEZ, 2020).

Essencialmente, os pensamentos de Beccaria se transformaram em sistema positivo com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que é considerada o marco inicial da consagração do aludido princípio, oriunda dos ideais iluministas que, em seu artigo 8º, determinou-se que ninguém poderia ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente publicada.

Dessa forma, entende-se que, a partir da Revolução Francesa, o princípio da legalidade se tornou uma exigência de segurança jurídica e de garantia da liberdade do cidadão perante a intervenção estatal arbitrária, sendo que o significado jurídico surge na teoria da pena como a coação psicológica de Feuerbach e também na teoria da tipicidade de Beling. Enquanto que o reconhecimento legislativo do referido preceito foi inaugurado na Declaração de Virgínia (1776), após na Josephina austríaca (1787) e, por fim, na Declaração do Direito do Homem e do Cidadão de 1789, sendo que se difundiu por diversas as legislações penais contemporâneas após o Código Penal francês de 1810. (PRADO, 2019).

Nesse mesmo sentido, Brandão (2002 apud CASTILHO, 2019) afirma que, apesar do princípio da legalidade ter sido positivado em 1789 na Declaração supracitada, a sua sistematização científica somente aconteceu através do autor Feuerbach. Prado (2019) complementa que o referido princípio assumiu essa formulação mais exata na expressão latina “*Nullu crimen, nulla poena, sine praevia lege*”⁴ de Feuerbach (*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen*

⁴ O sentido da expressão latina diz respeito à tipicidade, em que o operador do direito deve examinar o caso concreto e adequá-lo ao modelo legal abstrato, previsto no tipo penal incriminador, o que se traduz na viabilização do princípio da legalidade (NUCCI, 2019).

Rechts - 1810)⁵, que, em linhas gerais, significa que não há crime e nem pena sem lei prévia ou anterior ao crime.

No Brasil, o princípio da legalidade:

[...] encontra-se na Constituição Política do Império de 1824 (art. 179, XI), no Código Criminal de 1830 (art. 1.º), bem como nos demais textos constitucionais e nos Códigos Penais de 1890 (art. 1.º) e de 1940 (art. 1.º), ainda em vigor. Modernamente, vem consagrado expressamente, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU), de 1948 (art. 11.2), na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 (art. 7.º) e na Convenção Americana dos Direitos do Homem de 1969 (art. 9.º) (PRADO, 2019, p. 155).

Nessa esteira, o princípio legalista se revela como uma garantia consolidada e amplamente reconhecida por legislações, tratados e convenções internacionais, com o claro objetivo de determinar regras fixas e expressas para defender os cidadãos da arbitrariedade e eventual imprevisibilidade dos governantes e do próprio Estado.

Em contraponto, nem todos os países aderiram a ideia do princípio da legalidade. Conforme exemplifica Jesus (2014), ocorreram algumas exceções e também reações ao mandamento legalista. O principal exemplo de exceção foi a Inglaterra, visto que a maior parte do direito é costumeiro e não escrito, mais conhecido como *Common Law* (Direito Consuetudinário). Enquanto que em países como a Alemanha, Dinamarca e a antiga União Soviética (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas - URSS) reagiram contrariamente ao princípio. A URSS negou eficácia do mandamento e adotou, inclusive, a analogia no sentido de poder criar delitos mesmo que ausente legislação prévia. Na Alemanha nazista era possível a punição por cometimento de delito enquadrado na legislação, mas também caso o infrator merecesse a sanção segundo a ideia fundamental da lei penal e o são sentimento do povo, que, na verdade, correspondia ao que Hitler determinava. Do mesmo modo, a Dinamarca previa a possibilidade de analogia como fonte criadora de infrações em seu Código de 1930. Por fim, esclareceu que na Itália, embora a vigência do regime fascista, não se registrou exceção ao princípio legalista.

Até mesmo no Brasil e em grande parte dos países latino-americanos, o princípio da legalidade foi violado em diversas situações (especialmente durante o período totalitário vivenciado no século passado), porquanto se permitiu a possibilidade de legislar por meio de decretos ou decretos-leis do presidente “de fato”,

Tradução nossa: “Livro da lei embaraçosa comum aplicável na Alemanha”.

com o argumento de que era necessário, desrespeitando, assim, a soberania do povo diante da ausência da intervenção legítima de seus representantes na criação de leis. A própria Lei das Contravenções Penais e a parte especial do Código Penal entraram no sistema jurídico brasileiro mediante decretos-lei, como também durante o tempo que vigorou o Ato Institucional 5 (1968-1978) o Presidente da República detinha poderes de legislar mediante decretos-lei, da mesma forma que no Estado Novo de Getúlio Vargas. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

Especificamente no Brasil, o princípio da legalidade está presente no ordenamento jurídico desde a Constituição de 1824, que estabelecia em seu artigo 179 que uma pessoa somente poderia ser sentenciada por autoridade competente e por virtude de lei anterior, na forma por ela prescrita. Esse ditame constitucional foi reproduzido em todas as demais Constituições brasileiras, com pequenas variações dos termos, como também nos Códigos Penais brasileiros desde 1830. (JESUS, 2014).

Por fim, Brandão (2002 apud CASTILHO, 2019) alegou que o aludido princípio deve ser entendido como um limitador do poder punitivo do Estado e assegurador da dignidade da pessoa humana, o qual não pode mais se sustentar apenas na teoria da coação psicológica, conforme era compreendido. Também sinalizou a importância do princípio como uma situação transformadora em relação ao Estado intervindo arbitrariamente e a elevação do cidadão como objeto principal, sendo que não somente o homem é protegido das ações lesivas aos bens jurídicos, mas também é salvaguardado do próprio Direito Penal.

2.4 Funções e desdobramentos do princípio da legalidade

Do princípio da legalidade decorrem quatro funções fundamentais ou subprincípios, que se traduzem em forma de proibições, quais sejam, a anterioridade da lei (*lege praevia*), a reserva legal (*lege scripta*), proibição de analogia *in malam partem* (*lege stricta*) e a taxatividade da lei ou mandato de certeza (*lege certa*) (ESTEFAM, 2020).

Nesse sentido, pontualmente, Greco (2017, p. 18) enumera as funções do princípio da legalidade:

1ª) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);

- 2ª) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);
- 3ª) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);
- 4ª) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

Adicionalmente a isso, com precisão, anota Hassemer (2005, p. 04):

Em sua configuração atual o princípio da legalidade mantém ao todo quatro exigências tanto frente ao legislador como também frente ao juiz. Ele exige do legislador que formule do modo mais preciso possível as suas descrições do delito (*nullum crimen sine lege certa*) e que as leis não possuam efeito retroativo (*nullum crimen sine lege praevia*). Ele exige do juiz que fundamente as condenações somente na lei escrita e não no Direito consuetudinário (*nullum crimen sine lege scripta*) e que não amplie a lei escrita em prejuízo do acusado (*nullum crimen sine lege stricta*, a chamada "proibição da analogia").

Assim, verifica-se a importância dos desdobramentos do princípio da legalidade, eis que prescrevem exigências frente ao legislador e ao julgador, como será analisado individualmente na sequência.

2.4.1 Anterioridade ou *lege praevia*

A anterioridade da lei penal é considerada como o corolário do princípio da legalidade, visto que a incriminação de condutas anteriores à vigência da lei fere a segurança jurídica que é garantida pela legalidade. Assim, não teria sentido se a lei somente pudesse ser elaborada após o cometimento do fato. (ESTEFAM, 2020).

Assim, é imperioso que a lei penal apenas produza efeitos a contar da entrada em vigor, tampouco é possível que a lei penal seja aplicada a condutas praticadas durante a *vacatio legis*, em outras palavras, apesar de publicada e formalmente válida, não poderão ser puníveis os fatos praticados durante a vacância da lei. A partir disso que se oriunda a irretroatividade da lei penal, exceto se for em benefício do acusado, nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal. (MASSON, 2019).

Mais especificamente, diversas formas de retroatividade podem existir, sendo todas constitucionalmente inaceitáveis, como, por exemplo, não é possível punir retroativamente se o fato não era considerado infração penal à época do cometimento. Também não é válido o agravamento da punição por uma conduta que já era considerada ilícita, mas que a pena se tornou mais gravosa. (ROXIN, 1997).

Nesse sentido, Pacelli e Callegari (2020, p. 94, grifo dos autores) lecionam que:

Se a matéria proibida deve estar previamente contida em lei, não se poderia pensar na aplicação de uma **proibição retroativa**. O conteúdo proibitivo da norma incriminadora deve ser conhecido pelo agente, ao **tempo da prática** do fato. Se a lei é posterior ao comportamento, não seria possível o acesso à matéria efetivamente proibida. Toda lei que pretender a sua aplicação a uma hipótese passada terá sua validade condicionada à natureza de seu conteúdo: se for benéfica, poderá ser aplicada; se não o for, ou seja, se contiver nova definição de crime, ou o aumento de pena, ou, ainda, qualquer outro prejuízo ao agente, não poderá ser aplicada. E por que a lei mais favorável poderia retroagir? Simples. É que qualquer mudança de tratamento legislativo em matéria penal significa uma nova valoração quanto à necessidade, quanto às consequências, e, enfim, quanto ao alcance das incriminações. Ao fim e ao cabo, tais alterações implicam modificação da política criminal.

Consoante Nucci (2019), além de se exigir a existência anterior de lei penal que incrimine determinadas condutas, também é obrigatória a prévia cominação de sanção correspondente à infração praticada. Desse modo, o fato de haver essa concepção de lei penal antecedente ao cometimento do delito revela uma garantia vital para todos os cidadãos.

Assim, mesmo que o ato praticado evidencie uma implicação imoral, antissocial e até ilícita, se não houver lei penal previamente expressa, devidamente promulgada e publicada, então não será admissível ser considerado infração penal, tampouco o indivíduo poderá ser penalizado. (SOARES JR., 2002).

Portanto, se somente haverá crime quando houver a total equivalência entre o fato delituoso e a descrição legal, então é impossível sua existência sem lei que o caracterize, revelando-se, dessa forma, que apenas existirá infração penal nas hipóteses categoricamente previstas em lei. (CAPEZ, 2020).

2.4.2 Reserva legal ou *lege scripta*

O princípio da reserva legal significa que a incriminação de condutas somente pode ser feita baseada em lei no sentido formal, não sendo permitido a utilização do direito consuetudinário, isto é, embasado nos costumes. Portanto, mesmo que o seu uso seja muito forte em determinada comunidade, não poderá fundamentar a existência de infrações penais. (ESTEFAM, 2020).

Na verdade, a tendência mundial é no sentido de que as leis penais escritas atribuem maior garantia e segurança jurídica, na perspectiva de que não há crime sem lei. Os principais motivos da obrigatoriedade da lei no sentido formal é que vincula o

juiz a aplicar somente normas penais fundamentadas em legislação escrita, a fim de evitar eventuais arbitrariedades, como também de que a lei penal escrita precisa estar integrada a estatutos ou códigos oriundos do Parlamento, demonstrando-se, assim, a soberania do povo que elegeu o parlamentar. (NUCCI, 2019).

Na mesma esteira, Martinelli e Bem (2019) corroboram o entendimento acima citado ao afirmarem que não é permitido o direito consuetudinário como fonte formal na esfera penal, visto que ele não é emanado do poder de representação do povo. Também referem que os costumes representam vagueza, imprecisão e indeterminação.

Em determinadas áreas jurídicas, o direito consuetudinário é reconhecido, porém na seara penal é inadmissível fundamentar um crime ou agravar a sua pena com base nos costumes, em razão de que as sanções somente podem ser estabelecidas por meio legal. Até mesmo pelo teor literal do significado do princípio da legalidade, compreende-se que é defeso utilizar o direito consuetudinário no direito penal, visto que é indiscutível que não é possível criar novos tipos penais e demais possibilidades de perseguir a esfera penal com base nos costumes. (ROXIN, 1997).

Vale lembrar a ressalva de Soares Jr. (2002, p. 80):

Assim, a exigência de lei escrita como corolário da legalidade não implica, para a dogmática, a negação da importância do costume para a operacionalização do sistema jurídico-penal, mormente como fonte subsidiária das causas excludentes e como elemento exegético de certas figuras típicas.

Consequentemente, de nenhum modo outra fonte subalterna tem o poder de criar normas penais, eis que a reserva legal preconizada na Constituição é absoluta, e não apenas relativa. Tampouco seria possível que o Poder Executivo dispusesse da competência de restringir direitos individuais. Então, é inquestionável que exclusivamente a lei formal e escrita, a qual foi emanada e aprovada pelo Poder Legislativo através do procedimento correto, que poderá criar tipos penais e sanções respectivas. (CAPEZ, 2020).

2.4.3 Proibição de analogia *in malam partem* ou *lege stricta*

Outro importante desdobramento do princípio da legalidade diz respeito à proibição da utilização de analogia em desfavor do indivíduo, sendo que o termo

analogia no contexto jurídico significa uma forma de integração do próprio ordenamento com o fim de correlacionar uma regra existente a um caso concreto similar que ainda não foi regulamentado expressamente por lei. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

Essa ideia contrária a utilização de analogia em desfavor do agente surgiu no contexto do iluminismo, visando o combate do sistema punitivo que imperava na Idade Média, que era baseado no direito consuetudinário e no arbítrio de julgadores e governantes, com emprego generalizado da analogia para criar crimes e sanções, distanciando-se da representação da legalidade. (SOARES JR., 2002).

Desse modo, verifica-se que o Direito Penal não aceita a analogia *in malam partem*, pois, se os crimes e suas sanções necessitam de expressa disposição legal, então, por consequência lógica, não será possível utilizar regra análoga em desfavor do indivíduo em casos de vácuo legislativo. (MASSON, 2019).

Brandão (2010) ressalva que a proibição na utilização de analogia no Direito Penal é relativa, já que o princípio legalista visa salvaguardar o cidadão de eventual cominação de pena, por esse motivo há a proibição da analogia *in malam partem*, porquanto essa restringe a liberdade do indivíduo fora dos limites legais. Entretanto, não é vedado o uso da analogia *in bonam partem* no Direito Penal, pois não afronta a legalidade, pelo contrário, contribui para estender a liberdade humana, beneficiando-se, assim, os cidadãos e não havendo óbice ao seu uso.

2.4.4 Taxatividade da lei ou mandato de certeza ou *lege certa*

Mesmo que a norma penal esteja de acordo com os demais subprincípios supracitados, se ela for editada de maneira genérica ou vaga, como também se não for possível identificar com convicção e concretude quais condutas a ela se subsomem, consequentemente resultará em insegurança jurídica e o princípio da legalidade não estará cumprindo com o seu papel. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

A ideia desse desdobramento do princípio legalista se relaciona com a ideia de que para ter êxito no desempenho no papel de prevenção e repreensão de práticas criminosas com a necessária legitimidade jurídica, é necessário que a lei contemple uma linguagem apropriada e de fácil compreensão para os seus destinatários e os cidadãos em geral. (SOARES JR., 2002).

Nesse ponto, Brandão (2010, p. 61) refere que:

O Princípio da Legalidade impõe uma exigência ao legislador quanto à linguagem utilizada na formulação da norma penal: a norma deve usar signos linguísticos claros, que possibilitem uma individualização do modelo abstrato da conduta incriminada. Dessarte, enfatize-se, a lei penal deverá apresentar os elementos necessários para a individualização da conduta incriminada, caso contrário, será impossível a sua aplicação, por afronta ao Princípio da Legalidade.

Assim, uma norma penal indeterminada, incerta e pouco clara prejudica a proteção dos cidadãos frente às arbitrariedades estatais, eis que não alcança a autolimitação do *jus puniendi* estatal. Da mesma maneira, é oposto ao princípio da separação dos Poderes, em razão de permitir que o julgador adentre na competência legislativa, bem como não é possível observar a eficácia preventiva, já que o cidadão não consegue identificar o que se quer proibir, fazendo com que não forneça a base para uma censura de culpa. (ROXIN, 1997).

3 NOÇÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL

Compreendendo o princípio da legalidade e a sua importância e desdobramentos no direito penal, o estudo direciona-se para a análise do princípio da separação dos Poderes e suas respectivas competências para, enfim, adentrar nas questões atinentes ao chamado ativismo judicial e na sua diferenciação com a judicialização da política.

Nesse sentido, devido às reiteradas omissões dos Poderes Executivo e Legislativo no cumprimento dos ditames constitucionais, muitas vezes o Poder Judiciário atua de modo ativista para garantir o cumprimento dos direitos consagrados na Constituição Federal. A partir disso, originam-se diversos debates em relação à essa ultrapassagem na linha demarcatória das competências dos Poderes, dentre outros.

3.1 O princípio da separação dos Poderes e a delimitação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário

A Constituição Federal de 1988 dispõe no seu artigo 2º que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são harmônicos e interdependentes, inclusive protegendo o princípio da separação de Poderes no rol do artigo 60, § 4º, sendo que a separação dos Poderes se revela como a base da Constituição Democrática de 1988, devendo-se, assim, cada qual exercer suas atribuições conforme os limites por ela estabelecidos. Além disso, salienta-se que no artigo 5º, inciso XXXV, está disposto que a Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário suposta lesão ou ameaça ao direito do cidadão, ou seja, não se pode negar o acesso à justiça por obscuridade ou ausência de legislação (BRASIL, 1988).

De acordo com o magistério de Ramos (2015, p. 114):

O Estado democrático nasce sob o signo da juridicização do poder. A teoria do Poder Constituinte se, por um lado, importa no reconhecimento de que a origem do ordenamento jurídico se dá a partir de um ato de soberania, o qual, por conseguinte, não pode ser aquele limitado ou condicionado, por outro, consubstancia uma proposta de institucionalização do poder, que passa a ser exercido pelos órgãos indicados na Constituição e a forma por ela prescrita (e também de acordo com as normas de conteúdo por ela antecipadamente impostas). Dado o êxito do movimento jurídico-político que ficou conhecido como constitucionalismo, esse Estado submetido ao direito se tornou

sinônimo de Estado Constitucional, em que uma das peças-chave, inquestionavelmente, é o princípio da separação dos Poderes.

Diante disso, faz-se necessário estudar as questões atinentes ao contexto histórico do princípio da separação dos Poderes. A primeira ideia sobre a tripartição de Poderes surgiu no pensamento de Aristóteles, em sua obra *Política*, que preconizava a necessidade de dividir as funções administrativas da *pólis*, especialmente em relação a administração do governo e resolução dos conflitos sociais. (FERNANDES, 2017).

Importante mencionar que Aristóteles explicava a concentração de todas as funções do Estado na figura do soberano, que editava o ato geral, aplicava ao caso concreto e ainda solucionava os conflitos oriundos da aplicação da lei, isto é, detinha o poder incontrastável de mando, conforme dispunha a frase do rei Luís XIV “o Estado sou eu”, o soberano. Diante disso, através dos ensinamentos do filósofo que se compreendeu a identificação do exercício de três funções estatais diferentes, em que pese todas realizadas por apenas um órgão. (LENZA, 2019).

Contudo, foi apenas com Montesquieu, através da Teoria dos freios e contrapesos, que se evidenciou a primordialidade de interconectar as funções estatais para manter a autonomia e independência típicas estatais. Isso significa que “apenas o poder limita o poder”, assim, cada órgão além de cumprir com suas funções essenciais, também deve impedir que outro Poder adentre em sua competência, de modo que essa racionalização da atividade estatal também protege a democracia e demonstra preocupação com a política. (FERNANDES, 2017).

A importância das lições do pensador francês reside na identificação de que as três funções estatais estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si, não havendo mais que se falar na concentração de poderes na pessoa do soberano, o qual dominava todas as funções estatais unilateralmente na época do absolutismo. Essa teoria serviu de base estrutural para vários movimentos sociais da época, especialmente as revoluções americana e francesa, firmando-se, ainda, no artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão como um dogma constitucional a ser seguido: “Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.” (LENZA, 2019, p. 568).

Assim, a Teoria da Separação dos Poderes, elaborada por Montesquieu, surgiu em um contexto que o Juiz adentrava na função própria do Legislativo e determinava

condutas como crimes, dentre as quais não eram contempladas pelo legislador. Diante disso, coube somente ao legislador a tarefa de eleger quais condutas perniciosas ao corpo social podem ser classificadas como crimes e atribuídas sanções correspondentes, enquanto que ao julgador compete a função de aplicar a legislação aos casos concretos, de maneira estrita e rigorosa. (CAPEZ, 2020).

Contudo, diante das realidades sociais e históricas, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além de exercerem funções típicas de sua natureza, quais sejam, praticar atos de chefia de governo e Estado, legislar e julgar, respectivamente, também passaram a desempenhar determinadas funções atípicas que seriam inerentes à natureza dos outros órgãos. Exemplificadamente, o Judiciário realiza controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, o Legislativo possui poderes de investigar e analisar aspectos financeiros orçamentários e o Executivo pode vetar projetos de lei aprovados e também nomear membros do Judiciário. (FERNANDES, 2017).

Assim, denota-se que a separação de Poderes é flexível, porquanto cada Poder exerce suas competências e controla o exercício dos demais, ou seja, há um sistema de intervenções recíprocas. (PINHO R., 2018).

Nessa conjuntura, Streck (2018, n.p., grifo do autor) faz uma importante reflexão:

Por isso, afirmar uma **clássica** separação de poderes é arriscar deixar que a estrutura social construída à luz da Constituição Federal seja fragilizada ou até mesmo aniquilada. Em outras palavras, uma postura *self-restraint* invocando uma **clássica** separação corre o sério risco de descolar a constituição financeira da constituição social. E de defender — ou permitir — uma leitura deflacionária dos direitos fundamentais. **O risco é voltar aos dualismos metodológicos.** E de a Constituição perder a sua força normativa. Isto é, o risco de a Constituição Federal perder seu caráter normativo e se transformar em (mera) uma carta política.

Por fim, destaca-se que a expressão tripartição de Poderes não é apropriada, visto que o poder é uno, indivisível e indelegável, que se manifesta através de órgãos que exercem suas funções. (LENZA, 2019).

3.2 Conceito e breves considerações históricas acerca do ativismo judicial

Os direitos fundamentais estão previstos na Constituição Federal de 1988, em seu Título II, subdividindo-se em cinco capítulos, em que a principal finalidade é de

garantir os direitos básicos individuais, sociais, difusos e à democracia ao cidadão brasileiro (BRASIL, 1988). Nesse sentido, afigura-se a vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais, em que o poder Judiciário deve guardar estrita obediência aos direitos fundamentais e garantir a efetivação de tais direitos (MENDES, 2012).

No contexto social moderno é sabido que o Poder Judiciário detém a função precípua de concretizar as garantias constitucionais consagradas na Constituição através de seus princípios e regras, mediante decisões fundamentadas, conforme dispõe o artigo 93, inciso IX, da Carta Magna.

De mais a mais, o artigo 103, §2º, da Constituição Federal de 1988, prevê que o Supremo não poderá invadir competências legislativas. Já o artigo 49, inciso XI, do mesmo diploma legal está disposto que o poder Legislativo tem a faculdade de não acatar as decisões da Suprema Corte, caso elas adentrem em sua competência. (TOFFOLI, 2018).

Entretanto, verifica-se que há determinadas decisões em que, mesmo não havendo legislação prévia acerca de determinado direito, os tribunais ancoram-se na interpretação de princípios constitucionais para efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição. Trazendo, assim, uma contribuição nova para o direito, tomando para si tarefa exclusiva do Poder Legislativo que, por vezes, se esquivava de sua função de legislar.

Essa postura mais ampla e intensa do Poder Judiciário denomina-se como ativismo judicial, em que para a melhor construção e efetivação do direito, os tribunais decidem determinadas peculiaridades do caso concreto anteriormente à edição de lei, de modo que se expande o sentido e o alcance da interpretação da Constituição.

Nesse sentido, entende-se como ativismo judicial:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas (RAMOS, 2015, p. 132).

Com base nesse conceito apresentado, interessante observar que o termo ativismo representa, no contexto jurídico, a designação de que a atuação do Poder Judiciário ultrapassou as linhas demarcatórias da função jurisdicional e os poderes que lhe são atribuídos na Constituição, especificamente em detrimento às funções legislativas.

Nessa esteira, com o objetivo de reconstruir brevemente o contexto histórico do surgimento do ativismo judicial, é indispensável compreender que a ideia de ativismo judicial surgiu no direito estadunidense, a partir do julgamento do caso “*Madison versus Marbury*” em que a Suprema Corte norte-americana negou a aplicação de leis taxadas de inconstitucionais sem a existência de legislação anterior (TASSINARI, 2013). Esse julgamento ocorreu em 1803, presidido pelo juiz John Marshall, na chamada era tradicional, em que Suprema Corte afirmou seu poder de revisar os atos dos outros poderes para garantir a supremacia da Constituição. (LEVI, 1990 apud TRINDADE; MORAIS, 2011).

Nesse sentido, Abboud e Lunelli (2015, p. 02) explicaram o seguinte:

Nessa oportunidade, o mais importante argumento em favor do controle de constitucionalidade de leis pela Suprema Corte foi que tal poder não implicaria a supremacia da vontade judicial sobre a vontade legislativa, mas, sim, colocaria a vontade fundamental popular (expressada pela e na Constituição e refletida na vontade de seus autores – founders) sobre ambas. A possibilidade de judicial review, então, simplesmente conferiria efetividade para a vontade do povo contida na Constituição sobre uma eventual e transitória vontade popular expressada em dado momento pelo legislativo.

Adicionalmente a isso, no que tange à expressão em si, foi em 1947 que o vocábulo entrou no léxico jurídico, político e popular. Nesse momento, o historiador Arthur Schlesinger Jr. citou pela primeira vez o termo ativismo judicial, momento em que referiu que a Suprema Corte norte-americana era ativista judicial, uma vez que os juízes ultrapassavam a função jurisdicional. (MIARELLI; LIMA, 2012).

Por outro lado, existe o entendimento de que o legado de Arthur Schlesinger Jr. não se restringe somente às origens do termo ativismo judicial:

O uso que Schlesinger fez da expressão tinha um traço problemático que se manteve presente em larga medida desde então: seus múltiplos significados possíveis. No caso de Schlesinger, essa ambiguidade parece ter sido intencional. [...] Essas múltiplas dimensões em conflito refletem concepções diferentes sobre a relação entre direito e política e, mais especificamente, sobre o papel institucional do Poder Judiciário em uma democracia. Da discordância básica sobre o papel proeminente ou limitado do Judiciário no

processo político nacional, emergem os vários traços que separam “ativistas” e “auto- -contidos”, descritos no parágrafo anterior. O breve perfil dos dois grupos de juízes feito por Schlesinger já explicita e anuncia as principais dimensões do conflito que vem sendo travado nas últimas décadas nos EUA – e, em parte e mais recentemente, no Brasil – em torno da questão do ativismo judicial: juízes não-eleitos disputando a última palavra com legisladores eleitos; decisões orientadas a resultados sociais benéficos versus decisões comprometidas com princípios jurídicos e precedentes da Corte; democracia e deliberação majoritária versus proteção a direitos fundamentais (ARGUELHES; OLIVEIRA; RIBEIRO, 2013, p. 05-06).

Nesse rumo, nos países que adotam o sistema *common law* (que é o caso norte-americano), se percebe que o ativismo judicial abrange a interpretação finalística de sentido evolutivo, como também a integração de lacunas, onde o órgão jurisdicional opera de modo juridicamente relevante e não reprovável, contudo se considera como desvio de função quando se ultrapassa os limites impostos pelo Poder Legislativo ou pelos precedentes vinculantes. De modo geral, a postura ativista é exaltada por promover a interpretação e adaptação do direito perante novas condições sociais e morais em inconformidade com a inércia do legislador ou dos precedentes passados. (RAMOS, 2015).

No cenário brasileiro, o ativismo judicial surgiu somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 em que, no contexto pós-ditadura e com a redemocratização, passou a existir essa necessidade de implementação e concretização dos direitos consagrados na Carta Magna, iniciando-se, então, a atuação mais ativista do Judiciário brasileiro. (TASSINARI, 2013).

Nesse mesmo sentido:

No Brasil, a temática relativa ao ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com maior repercussão midiática; veja-se, por exemplo, todos os milhares de casos em que se faz necessário assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão legal em condições de lhes dar regulamentação (TEIXEIRA, 2012, p. 04).

Assim, a atuação do Poder Judiciário, a partir de uma perspectiva ativista, no contexto brasileiro, manifesta-se como, por exemplo, na aplicação direta da Constituição em determinadas situações que não estão englobadas no seu texto, tampouco há previsão legal, como também na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos proferidos pelo legislador ordinário, fundamentando-se em critérios menos rígidos que a violação constitucional, e, por fim, na exigência de condutas ou

de abstenções ao Poder Público, mais especificamente no tema de políticas públicas. (BARROSO, 2012).

Na mesma linha, algumas perspectivas de abordagem do ativismo judicial podem ser elencadas:

[...] *a*) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; *b*) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); *c*) como abertura à discricionariedade no ato decisório; *d*) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras (STRECK; TASSINARI; LÉPPER, 2015, p. 10).

Apesar da possibilidade de identificar padrões do ativismo judicial, os autores também referem que a conceituação e os posicionamentos puros são praticamente inexistentes. No sentido de que, geralmente, os enfoques se misturam e se confundem, inexistindo, assim, uma definição de ativismo com um compromisso teórico. (STRECK; TASSINARI; LÉPPER, 2015).

3.3 Críticas e posicionamento doutrinário em relação à postura ativista judicial

Diante do exposto, cabe analisar o entendimento crítico da doutrina acerca do ativismo judicial, uma vez que o assunto gera um amplo debate com posicionamentos tanto favoráveis quanto desfavoráveis. Muito embora haja um desequilíbrio de competências, verifica-se que ocorre em uma tentativa de sanar omissões legislativas e concretizar os princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Dentro da estrutura do Poder Judiciário, ressalta-se o papel do Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição Federal, tem adotado uma postura de interpretação a fim de buscar a efetivação dos valores da liberdade, dignidade e igualdade. Em casos de colisão de direitos, denota-se que o STF procura harmonizar tais situações, em que prepondera determinado direito em relação a outro, através de pronunciamentos embasados em elementos textuais, conexões de sentidos entre ambos, como também da análise dos fatos e valores do caso concreto. (LINHARES et al, 2016).

De acordo com Streck (2009), em vez de aplicar os ditames constitucionais e fazer o filtro das leis inconstitucionais, os julgadores passaram a ter a percepção de que detêm mais conhecimento que os próprios constituintes, de modo que se alterou

o contexto de estagnação para o ativismo, o que para o autor é ruim porque conduz o Judiciário a proferir decisões contraditórias. Ademais, a incumbência dos princípios é de resgatar o mundo prático no Direito e não de se converter em fundamentação ao livre arbítrio e na consciência individual de cada julgador. Assim, denota-se que o ativismo judicial é prejudicial para a democracia, pois se cada uma decide conforme a sua consciência, os tribunais acabam se sobrecarregando de processos, especialmente o STJ e o STF.

Deve-se levar em conta que as decisões judiciais não devem se limitar a dar uma resposta ao caso concreto pela mera necessidade de julgar, mas sim arrazoar os principais elementos do próprio caso. Nessa análise, a decisão também carece de considerar as omissões dos demais poderes, as suas consequências na realidade material e se, no final, poderá constituir um dispositivo de proteção dos direitos fundamentais e de garantia da supremacia da Constituição. (TEIXEIRA, 2012).

Nessa perspectiva, denota-se que em muitas decisões buscou-se comparar contextos históricos com o objetivo de “afirmar desigualdades reais, mudanças sociais e avanços tecnológicos a justificar a evolução da aplicação dos direitos fundamentais, inclusive superando omissões legislativas.” (LINHARES et al, 2016, p. 507).

Com efeito, diante das promessas de justiça, igualdade e direitos individuais e coletivos insculpidos nas constituições vigentes, o Poder Judiciário se torna protagonista no anseio de efetivar as normas constitucionais, de modo que o Judiciário acaba por substituir os mecanismos da democracia representativa na figura de guardião dos ideais democráticos.

Imprescindível destacar que os defensores do reconhecimento e da concretização de direitos através de decisões judiciais não identificam que a tutela jurisdicional é limitada e as regras democráticas precisam ser honradas e respeitadas, pois, do contrário “partiremos de uma *demo*-cracia para uma *juristo*-cracia”, o que acarretaria em repercussões e resultados tão lesivos ou mais prejudiciais do que aquela que se buscava superar. (STRECK, 2016, p. 02).

No entender de Ramos (2015, p. 143):

Quando se alude à ultrapassagem dos marcos normativos materiais da função jurisdicional não significa isso, por certo, que decisões ativistas, necessariamente, ampliem, de modo juridicamente inaceitável, o campo da incidência projetado por um certo enunciado normativo. Os limites substanciais a serem observados pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica são os referentes à atividade de interpretação e aplicação que

constitui o seu cerne, a qual sempre considera o conjunto do ordenamento, seja para fixar o sentido das disposições que o integram, seja para estabelecer a adequada relação entre elas.

Em contraponto, respeitável o entendimento de Toffoli (2018, p. 165), que leciona o seguinte:

Nada obstante a qualidade indiscutível de todos os seus integrantes, o protagonismo individual que assumiram passou a permear muitas decisões, promovendo o avanço da insegurança jurídica, sempre que a competência de atribuições de outros Poderes é invadida. Com isso, a comunidade jurídica encontra-se permanentemente em suspenso, temerosa de que, em algum momento, tal invasão venha a deflagrar um conflito que resulte no acionamento dos freios e contrafreios expostos no texto supremo.

Inevitavelmente, diante de diversas normas e princípios norteadores consagrados nas Constituições democráticas e eventuais colisões entre os direitos fundamentais, os tribunais interpretam e decidem os casos concretos.

Nessa toada, o STF vem adotando uma postura hermenêutica com decisões mais criativas, valorativas e inovadoras na seara jurídica, sendo que essa situação está introduzida em um cenário vasto de transformações do papel do Direito e da Suprema Corte no contexto político e democrático que surgiu após a Constituição de 1988. Assim, verifica-se o crescimento do ativismo judicial na incumbência de guarda da Constituição e dos direitos fundamentais diante dessa avançada postura hermenêutica juntamente com os novos poderes de decisão e sua ampla eficácia vinculante. (CAMPOS, 2012).

Nesse sentido, o posicionamento crítico de Cittadino (2001, p. 08) acerca da questão hermenêutica do ativismo judicial se torna relevante:

[...] a despeito do fato da dimensão inevitavelmente "criativa" da interpretação constitucional- dimensão presente em qualquer processo hermenêutico o que, por isso mesmo, não coloca em risco, a lógica da separação dos poderes -, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassem o direito escrito, devem proferir "decisões corretas" e não se envolver na tarefa de "criação do direito", a partir de valores preferencialmente aceitos. As decisões de princípio proferidas pelas cortes supremas não podem ser equiparadas a emissões de juízos que ponderam objetivos, valores e bens coletivos, pois, dado que normas e princípios constitucionais, em virtude do seu sentido deontológico de validade, são vinculantes e não especialmente proferidos, a interpretação constitucional deve decidir qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito e não como equilibrar interesses ou relacionar valores.

De outra parte, uma interpretação constitucional orientada por valores, que opta pelo sentido teológico das normas e princípios constitucionais, ignorando o caráter vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados,

desconhece não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e do poder administrativo. A concepção de comunidade ética de valores compartilhados parece desconhecer as relações de poder assimétricas inscritas nas democracias contemporâneas.

Nesse diapasão, Streck (2012) alude que a tarefa interpretativa dos julgadores está pautada em uma espécie de “hermenêutica de resultados” em que primeiro se decide e após se procura a fundamentação, o que, apesar de lograr êxito nos resultados, inevitavelmente, gera insegurança jurídica devido a dependência oriunda de posturas individualistas ou solipsistas e não de uma estrutura jurídica de pensamento capaz de garantir decisões acertadas.

Ademais, para Streck (2016) o grande desafio hermenêutico na esfera jurídica diz respeito ao controle hermenêutico das decisões judiciais, principalmente devido a essa transferência da concretização dos direitos consagrados na Carta Magna ao Poder Judiciário.

Interessante observar o juízo de valor de Campos sobre o tema (2012, p. 264, grifo do autor):

Na prática do ativismo judicial na interpretação e na aplicação da Constituição, o Supremo tem desenvolvido um conjunto de condutas hermenêuticas sutilmente diferenciadas, inter-relacionadas e um tanto sobrepostas, fundadas na efetividade e autoaplicabilidade das normas constitucionais, máxime os princípios constitucionais que expressam direitos fundamentais e valores estruturantes de nossa ordem político-democrática: a **expansão normativa de princípios para regular condutas concretas** e também para **restringir a liberdade de conformação normativa do legislador**; a **criação de “novas regras constitucionais” extraídas da “inteireza da Constituição** e o **estabelecimento de direitos fundamentais implícitos como forma de reduzir a distância entre a Constituição e as transformações sociais**. Será então ativista, porque naturalmente dotada de alto teor de criatividade normativa, toda decisão judicial que expandir os significados de princípios constitucionais abstratos e imprecisos a ponto de: regular diretamente condutas concretas; excluir o espaço de liberdade de conformação do legislador democrático; criar novas regras constitucionais e direitos fundamentais implícitos, não obstante esses princípios revelarem tão-só os fins constitucionais relevantes a serem concretizados, e não os meios concretos a serem empregados. O Juiz constitucional ativista substituiu o legislador na tarefa de definir esses meios, complementando e exaurindo ele mesmo a linha de valoração iniciada pelo constituinte originário.

Assim, remete-se que as decisões judiciais baseadas na própria consciência, livre escolha e critérios pessoais e subjetivos do julgador são questionáveis em um Estado democrático consolidado na codificação do Direito, visto que a Corte Suprema, principalmente, tem aplicado princípios constitucionais indiscriminadamente como

fundamento em suas decisões com o fim de regulamentar comportamentos e casos concretos sem o intermédio do legislador, detentor da competência legislativa.

De mais a mais, observa-se que o ativismo judicial é uma questão criada pelo Direito, mas que atinge todos os âmbitos, assim sendo um problema jurídico, a comunidade jurídica tem o dever de questionar a sua coerência e sentido, e apontar uma resposta, na esfera de um constitucionalismo democrático. Nessa indagação de como a manifestação judiciária é entendida, denota-se entendimentos que retrataram a indexação da decisão judicial ser motivada pelo próprio arbítrio do julgador. Nesse ponto, o Poder Judiciário assume competências que não são reconhecidas como suas pela Constituição Federal, demonstrando sua supremacia em relação aos demais Poderes. (STRECK; TASSINARI; LÉPPER, 2015).

Os autores também reforçam a ideia de que o ativismo judicial representa um problema, repleto de um pragmatismo que resulta em uma intervenção perigosa do Poder Judiciário, eis que submetida ao arbítrio do julgador. (STRECK; TASSINARI; LÉPPER, 2015).

Nesse viés de pensamento, Streck (2013a, n.p.) arremata:

O aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados. Ora, o ativismo é behaviorista. Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião. *Judicialis activismum constitutione lupus est.*⁶

Diante disso, é possível perceber que o ativismo judicial é um dos sintomas mais flagrantes de que nessa geração de princípios e direitos fundamentais inerentes a sociedade contemporânea, o Estado nem sempre consegue atender as necessidades e as demandas da população, desde a prestação de serviços até mesmo a tutela de direitos individuais. Enquanto que a Política se depara com uma situação de progressiva burocratização do Estado, com deficiência regulatória, desalinhamento frente à realidade da sociedade e escassez de legitimidade em contraponto aos ideais e anseios sociais que a população projeta. Assim, o ativismo

⁶ Tradução nossa: “O ativismo judicial é o lobo da Constituição”.

não somente envolve a discussão sobre a separação dos poderes, mas também a questão dos limites entre direito e política. (TEIXEIRA, 2012).

Por conseguinte, é imprescindível mencionar que o ativismo judicial reproduz atos de vontade, ou seja, condicionados ao livre entendimento do julgador. Contudo, esses atos de vontade não têm controle e, nesse ponto, onde não existe controle, também não haverá democracia, já que um Direito pautado na democracia dispensa opiniões e pontos de vista pessoais. (STRECK, 2013b).

3.4 A distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política

A relevância da diferenciação entre as duas expressões é motivada devido ao uso incorreto de ambos os termos como sinônimos em determinados casos concretos, porém possuem significados distintos que devem ser explicados para melhor compreensão do ativismo judicial, evitando-se, assim, distorções semânticas.

De acordo com Moraes (2019), os autores Neal Tate e Torbjörn Vallinder explicaram o termo judicialização da política, que remete a transformar algo em processo judicial. Nesse sentido, afirmou que se expõe o Poder Judiciário, sem qualquer mediação, devidos aos anseios por cidadania de camadas sociais emergentes.

Conforme já explanado, a atuação do Poder Judiciário sofreu constantes modificações ao longo do tempo. Após o advento da Constituição Federal, foi possível perceber que o exercício da jurisdição constitucional modificou-se radicalmente, sendo que tanto o ativismo judicial quanto a judicialização da política estão diretamente ligados à atividade jurisdicional. (TASSINARI, 2013).

Em razão disso, denota-se que a redemocratização reestabeleceu a cidadania e estimulou o conhecimento e a consciência da população acerca de seus direitos, impulsionando os cidadãos a procurar a defesa de seus interesses perante o Poder Judiciário, que restou fortalecido e expandido (BARROSO, 2012). Nesse tocante, evidencia-se que essas alterações decorrentes da promulgação da Constituição de 1988 caracterizam a ideologia do neoconstitucionalismo⁷.

⁷ “[...] o Neoconstitucionalismo ou novo Direito Constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como **marco histórico**, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como **marco filosófico**, o pós positivismo com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como **marco teórico**, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a

Na mesma linha de pensamento, Streck, Tassinari e Lépper (2015) concordam que a judicialização da política é decorrente das mudanças observadas no Direito após a promulgação da Constituição Federal de 1988, justamente porque a transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito deslocou o polo de tensão do Poder Executivo para o Judiciário.

No que tange à judicialização da política, entende-se que é a busca da concretização dos direitos consagrados na Constituição, especialmente em relação aos direitos positivos, ou seja, de cunho econômico e social (VERISSIMO, 2006). Isso significa que determinados debates de cunho político e social são solucionados judicialmente.

Da mesma forma, infere-se que a judicialização da política retrata um conteúdo social, que não se submete à vontade do órgão julgador. De maneira oposta, procede de diversos fatores alheios à jurisdição com ponto de partida mais amplo de direitos, então sucedem pela ineficiência estatal em efetivá-los e acabam ampliando a litigiosidade, atributo da sociedade de massas. Dessa forma, não basta meramente providências adotadas pelo Poder Judiciário, mas também uma série de medidas que implicam em um engajamento de todos os poderes constituídos. (STRECK; TASSINARI; LÉPPER, 2015).

Nesse diapasão, destaca-se o magistério de Barroso (2012, p. 03-04):

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, 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, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito” (BARROSO, 2005, p. 09-10, grifo do autor).

É possível verificar que o ativismo judicial e a judicialização da política não são consequências um do outro, eis que não é necessário que ocorra a judicialização da política para ocasionar o ativismo judicial, tendo em conta que o Poder Judiciário pode ter uma conduta ativista em matérias que já eram apreciadas judicialmente, como também não é necessário que ocorra o ativismo judicial na sequência da judicialização da política, porquanto o Judiciário pode se autoconter em assuntos que já foram objeto da judicialização da política. (MORAES, 2019).

Nessa toada, interessante o seguinte entendimento:

Fica evidente que a judicialização da política é possível. Contudo, essa forma de atuação deve obedecer a critérios importantes dentro do que permite a Constituição, algo possível dentro de uma democracia juridicamente participativa. A expansão judicial fora desses critérios, com o objetivo único de apresentar o Judiciário como o mais importante protagonista, é algo a ser desconsiderado, por ser um comportamento antidemocrático, não merecendo aceitação. Assim, observa-se que nessa conjuntura proativa do STF surgiram dois movimentos importantes. Primeiro a judicialização da política, possível devido à adoção na Constituição de institutos que possibilitaram o estreitamento da justiça com a política. Segundo, o ativismo Judicial, esse com um viés antidemocrático, em virtude de um comportamento jurisdicional que ultrapassa o limite da capacidade institucional do judiciário (GUIMARÃES, 2014, p. 21-22).

De acordo com Streck (2016), o ativismo judicial sempre será prejudicial para a democracia, uma vez que é oriundo da livre apreciação e entendimento pessoal do julgador, enquanto que a judicialização pode ser ruim, como também pode ser boa, a depender da forma e intensidade em que ela é verificada, até mesmo porque não é incomum a judicialização da política em sociedades democráticas que estejam sob o manto de uma Constituição normativa.

Salienta, ainda, o autor supramencionado:

Assim, de uma questão que sofreu judicialização se pode ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo Judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guardadores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista (STRECK, 2016, p. 04).

Portanto, verifica-se que, de fato, a judicialização e ativismo judicial são distintos e não podem ser utilizados como sinônimos, pois, em que pese estejam conectados, não possuem a mesma definição semântica, da mesma forma que o

ativismo judicial é totalmente censurável e prejudicial à democracia normativa, enquanto que a judicialização da política poderá ser tanto benéfica quanto danosa, a depender da forma e intensidade em que ela for proposta.

4 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA EM EQUIPARAÇÃO AO CRIME DE RACISMO POR MEIO DO PODER JUDICIÁRIO

Em virtude do exposto acerca das questões atinentes aos princípios da legalidade e da separação dos Poderes, como também no que tange ao ativismo judicial. Nesta etapa, busca-se verificar a decisão do STF que determinou a equiparação das condutas homotransfóbicas aos tipos penais da Lei n.º 7.716/89 e seus desdobramentos e fundamentos.

O debate acerca da criminalização de condutas discriminatórias em razão da orientação sexual e identidade de gênero teve início com a apresentação dos Projetos de Lei (PL) 4.242/03, 3.770/00, 05/2003 e 5.003/2001, que foram reunidos no PL 122/2006 que tramitou no Congresso Nacional (ARAÚJO; FIGUEIREDO, 2020). Esse projeto de lei atravessou duas legislaturas sem conclusão, foi arquivado e resgatado em algumas oportunidades, mas restou arquivado definitivamente no Senado Federal em 2015, diante da ausência de deliberação definitiva, já que o projeto foi aprovado por somente uma das três comissões que deveriam estudá-lo. (BRASIL, 2015).

No STF, a questão da criminalização das condutas homotransfóbicas chegou através do Mandado de Injunção (MI)⁸ de n.º 4733, movido pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT) no ano de 2012, com relatoria do Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2019d). Também por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)⁹ de n.º 26, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) no ano de 2013, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2019b).

Nas referidas ações judiciais, os autores asseveraram a necessidade de equiparar os atos discriminatórios de sexo e gênero ao crime de racismo e alegaram o decurso de lapso temporal irrazoável para a implementação da medida pelo Poder Legislativo (BRASIL, 2019b; BRASIL, 2019d). A fundamentação decorre do artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal que prescreve que “a lei punirá qualquer

8 “A Constituição dispõe que se concederá mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.” (LENZA, 2019, p. 1.301).

9 “O art. 103, § 2.o, da CF/88 determina que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. O que se busca é tornar efetiva norma constitucional destituída de efetividade, ou seja, somente as normas constitucionais de eficácia limitada.” (LENZA, 2019, p. 436).

discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988), ou seja, mesmo com o mandamento constitucional para criminalizar esses atos discriminatórios desde 1988, o Legislativo manteve-se inerte e omissivo. Já em relação ao mandado de criminalização do racismo, previsto no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, que prescreve que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, restou cumprida pelo legislador a tipificação no ano seguinte a promulgação da Constituição através da Lei n.º 7.7186/89, evidenciando-se, assim, a mora do Legislativo no que tange às condutas homotransfóbicas (BRASIL, 1988).

Insta salientar que, conforme dados levantados pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, com base em pesquisa feita pela Agência do Senado, existe ao menos sete projetos de lei objetivando a criminalização da homotransfobia ou recrudescimento de penas, quais sejam, PL 672/2019, PL 860/2019, PLS 150/2015, PL 2.712/2019, PL 3.032/2019, PLS 134/2018, PLS 515/2017, os quais aguardam relatórios de senadores na Comissão de Constituição e Justiça (DIA, 2020). Isso com exceção do PL 672/2019, que já foi aprovado em caráter terminativo pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), em 22 de maio de 2019, contudo, em razão do texto ser substitutivo, precisará passar por turno suplementar de votação na CCJ. Se não houver pedido para ser analisado no Plenário, então o referido projeto de lei poderá seguir diretamente para a Câmara dos Deputados, justamente por tramitar em caráter terminativo na CCJ (BRASIL, 2019a).

Nesse sentido, alertou Miranda (2019, p. 33-34):

A questão acerca da existência de Projeto de Lei em tramitação que se destina à criminalização de condutas discriminatórias relacionadas a práticas homotransfóbicas como óbice ao reconhecimento da omissão legislativa sinalizava o prelúdio da controvérsia que se instalaria entre o Senado Federal e o STF acerca do julgamento em questão.

No dia 13 de fevereiro de 2019, o STF deu início ao julgamento acerca da necessidade ou não de criminalizar a homofobia e a transfobia, conforme estava previsto no PCL 122/06. Após quatro meses, a Corte entendeu que houve omissão do Congresso Nacional por não editar lei criminalizando os atos discriminatórios por orientação sexual e identidade de gênero, o que, inevitavelmente, gerou intensa repercussão e debate devido a forma de resposta do Estado para com a comunidade LGBT (Lésbicas, gays, bissexuais e travestis). (BRASIL, 2019e).

No julgamento do Mandado de Injunção n.º 4733, o STF reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional e aplicou, com efeitos prospectivos, até que se legisle sobre o assunto, para alcançar a tipificação prevista aos crimes decorrentes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional às condutas discriminatórias por orientação sexual ou identidade de gênero. (BRASIL, 2019f).

Da mesma forma, julgou procedente, com eficácia e efeito vinculante, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional em efetuar o cumprimento do mandado de criminalização dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição para a defesa penal da comunidade LGBT. Assim, declarou a omissão normativa inconstitucional do Legislativo, para cientificar o Congresso da referida mora, dar interpretação nos termos constitucionais para enquadrar as condutas homotransfóbicas nos variados tipos penais da Lei 7.716/89, qualificando-se como espécies do gênero racismo, até que o Congresso edite lei específica sobre a temática, tendo a aplicação dos efeitos da interpretação a partir da conclusão do julgamento. (BRASIL, 2019c; BRASIL, 2019f).

Desse modo, procedeu-se na criminalização de condutas preconceituosas e discriminatórias no que tange à orientação sexual e identidade de gênero, de modo que restaram enquadradas na lei do racismo (lei n.º 7.716/1989) (BRASIL, 2019f). Isso significa que o STF equiparou a homofobia e transfobia ao crime de racismo ao aprovar a tese proposta pelo relator da ADO, ministro Celso de Mello, que foi formulada em três pontos:

[...] O primeiro prevê que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/2018 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. No segundo ponto, a tese prevê que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Finalmente, a tese estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis (BRASIL, 2019f).

Interessante observar que a decisão da Suprema Corte não entendeu que a interpretação de acordo com os ditames constitucionais a fim de enquadrar as condutas discriminatórias em razão de gênero e orientação sexual ao crime de

racismo violou aos princípios da legalidade e da separação dos Poderes, como também não é caso de analogia *in malam partem*. (ARAÚJO; FIGUEIREDO, 2020).

Na sequência, destacam-se os votos dos Ministros do STF:

Por maioria, a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria. Nesse ponto, ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por entenderem que a conduta só pode ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo. O ministro Marco Aurélio não reconhecia a mora (BRASIL, 2019f).

Especificamente, é interessante mencionar a opinião e o entendimento dos julgadores em seus respectivos votos. Para o Ministro Edson Fachin, qualquer discriminação é considerada como um atentado ao Estado Democrático de Direito, tendo sido um forte defensor das minorias. Conforme o ministro Luís Roberto Barroso, o grupo LGBT é uma categoria vulnerável e vítima de discriminações e violência, sendo dever do Estado garantir o direito dessas minorias. A ministra Rosa Weber referiu que a sociedade ainda é homofóbica e marcada pela heteronormatividade e, então, são necessários instrumentos e ações para neutralizar o desequilíbrio existente. O Ministro Fux salientou que, independente da fé ou orientação sexual, racismo é crime contra seres humanos e, portanto, imprescritível. A ministra Cármen Lúcia ressaltou que é dever do Direito respeitar a individualidade e igualar, em direitos, a dignidade característica do ser humano. O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o relator. Já os Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio votaram contra o enquadramento da homotransfobia como crime de racismo, sendo que o Ministro Marco Aurélio defendeu o princípio da legalidade estrita e argumentou que as ações judiciais não eram vias adequadas para o pedido, visto que não é dever do STF interpretar para ampliar a aplicação de uma lei. (BRASIL, 2019f).

Assim, destaca-se a necessidade de que o Congresso Nacional crie uma lei específica objetivando a regulamentação e criminalização das condutas discriminatórias em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Essa decisão reconheceu a omissão legislativa acerca da temática a fim de evitar a mora da criação da legislação pertinente pelo Poder Legislativo, tendo o STF decidido por

equiparar as práticas homotransfóbicas ao crime de racismo, em flagrante inovação legislativa.

4.1 Vozes positivas e dissonantes acerca da decisão que criminalizou as condutas homotransfóbicas em equiparação ao crime de racismo pelo STF

A interpretação constitucional feita pelo STF é questionável na medida que, com o propósito de fazer justiça ao grupo minoritário e vulnerável LGBT, a Corte Suprema aderiu a essa nova tendência hermenêutica constitucional no sentido de ampliar o alcance do texto constitucional ao ponto de criminalizar condutas. Contudo, é sabido que isso somente é possível mediante a aprovação de lei pelo Legislativo, conforme amplamente estudado anteriormente.

Nesse sentido, esse julgamento não agradou parte dos congressistas, especialmente o Senador Marcos Rogério (DEM/RO) que apresentou ao plenário do Senado Federal, em 18/06/2019, um Projeto de Decreto Legislativo, registrado sob o n.º 404/2019. Esse projeto tem como intuito sustar os efeitos legislativos da ADO n.º 26 e do MI n.º 4733, sob a justificativa de que a decisão do STF enuncia feitos legislativos na esfera penal, o que é defeso pela Constituição Federal, como também ultrapassou os limites de sua competência. (MIRANDA, 2019).

Denota-se que o Poder Legislativo se mantém inerte na função de legislar em situações com temáticas sensíveis, especialmente que envolvam a comunidade LGBT. Isso evidencia uma imparcialidade proposital para não desgastar e nem gerar prejuízos no capital político diante de certas camadas da sociedade. (ARAÚJO; FIGUEIREDO, 2020).

Partindo desse pressuposto, verifica-se que:

[...] desde a assembleia constituinte, em 1987, já se falava em criminalizar a homofobia, porém, o que se observa é uma clara e expressiva morosidade da política brasileira em encontrar uma solução para este conflito. Não há como negar que o preconceito é a grande chave para esta morosidade. O que realmente se constata é que mesmo que aleguem que uma eventual lei que criminalize a homofobia ou o discurso de ódio seja uma censura à liberdade de expressão, principalmente a religiosa, tal parcela da população merece o mesmo tratamento que os heterossexuais (KESKE; MARCHINI, 2019, p. 14)

Nesse viés, são relevantes os apontamentos de Miranda (2019, p. 37, grifo do autor):

Se de um lado, um artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, ao dispor que **“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”** se mostra suficiente para o Supremo diagnosticar a mora do Congresso e criminalizar práticas discriminatórias homotransfóbicas, por outro lado, a decisão proferida também se mostra extremamente frágil e arbitrária ao ignorar os Princípios Constitucionais do Direito Penal e, de maneira artificiosa e semanticamente elástica, considerar a criminalização da homofobia e da transfobia uma mera subsunção de tais condutas aos preceitos incriminadores da Lei de Racismo.

No entendimento de Aragão e Nóbrega (2019), o problema da decisão reside no fato de ter sido feita uma analogia para equiparar as condutas homotransfóbicas ao crime de racismo e qualificar o homicídio doloso motivado pela orientação sexual ou identidade de gênero como motivo torpe em razão da mora do Poder Legislativo, o que, além de utilizar da analogia, também constitui uma decisão ativista na esfera penal, fato que é defeso pelos princípios constitucionais. Para os autores, se a decisão tivesse se ancorado apenas na extensão do conceito de raça para abranger o grupo LGBT, teria sido apenas por interpretação da Constituição e não necessitaria de uma futura legislação acerca da matéria. Assim, se a Suprema Corte tivesse decidido apenas nesse sentido, não teria sido alvo de tantas divergências, especialmente na discussão sobre a separação dos Poderes, mantendo-se distante do protagonismo judicial e garantindo o princípio da unidade constitucional.

Em contraponto, na compreensão de Badaró (2019), apesar da homotransfobia ser uma prática discriminatória, preconceituosa e ilegal, merecedora de punição, isso não quer dizer que tal conduta seja oriunda de um preconceito racial, assim não há porque se enquadrar na Lei n.º 7.716/89. Assim, entende-se que a prática de ofensas verbais, agressões e homicídio em razão da orientação sexual e identidade de gênero se enquadra em crimes contra a honra, contra a integridade física e contra vida, porquanto não se vislumbra extrair dos substantivos constantes no artigo 1º da Lei do Racismo, qualquer correlação com a orientação sexual e a identidade gênero.

O autor vai além:

Do ponto de vista hermenêutico, não é possível concordar com o posicionamento de que “a homofobia representa uma forma contemporânea de racismo”. Do ponto de vista científico, a genética demonstrou que há uma só raça: a raça humana. As diferenças físicas mais perceptíveis são decorrência de uma parcela ínfima de genes dos mais de 25 mil genes que forma o genoma humano.

Atualmente se reconhece a infelicidade do conceito de raça. Há uma única raça, a raça humana! Todavia, não se pode desprezar o sentido de tal expressão no contexto legislativo do crime de racismo. Desde a chamada Lei Afonso Arinos – Lei nº 1.390, de 03.07.1951, que tipificou como contravenção penal “a prática de atos resultantes de preconceito de raça ou de cor”, o conceito penal de “raça” assim com o conceito de “cor”, relacionado à cor da pele, não é o conceito científico atual. Aliás, se o fosse, seria imprestável, não medida em que se a raça é uma só, não haveria sentido em cogitar de preconceito e discriminação de algo unitário e do qual faria parte o próprio indivíduo que realiza o ato, em verdade, também contra si mesmo (BADARÓ, 2019, p. 03).

Outro aspecto interessante é que os Ministros do STF já tomaram decisões anteriores em que legislaram, como, por exemplo, em relação ao aborto e a união homossexual. Isso significa que, possivelmente, o STF continuará confundindo o seu papel de guardião da Constituição ao permanecer legislando, de modo que acaba adquirindo uma influência política. (GONÇALVES, 2020).

Com base nisso, verifica-se que, reiteradamente, o STF é inserido no cerne das discussões polêmicas que não foram solucionadas pelo legislador, de modo que resta “[...] provocado para agir como espécie de solucionador viável do problema, sendo posicionado no centro da discussão, para também cumprir uma suposta finalidade de apaziguamento social.” (PINHO S., 2019, p. 09).

Nessa perspectiva, a autora Pinho S. (2019) aponta que são diversos os fatores a serem analisados da referida decisão do STF. Inicialmente, a Suprema Corte é vista como uma solucionadora de problemas que detém o poder de concretizar os direitos fundamentais consagrados na Constituição, de modo que possui apoio social e sua atuação é valorizada, ao passo que há um crescente descrédito dos integrantes do Poder Legislativo. O segundo ponto diz respeito à atuação interpretativa criativa do STF, que, para responder as urgências e inquietações sociais, acaba por adentrar na competência da esfera legislativa ao criar normas jurídicas em plena performance ativista, não somente isso, acaba por usurpar essa função que é política em sua essencialidade e age como se fosse um poder constituinte autônomo. Por fim, diante de todo esse cenário, apura-se que, em suas decisões ativistas, o STF se ancora exorbitantemente na aplicação de princípios normativos em prejuízo das regras jurídicas do sistema normativo brasileiro para atender as demandas sociais.

Noutra vertente, de acordo com Oliveira (2019), embora a pena seja a *ultima ratio*, também é importante observar que a temática acerca da decisão do STF envolve a questão dos direitos fundamentais e humanos, assim sendo, deve-se

decidir se a criminalização da homotransfobia pelo Poder Judiciário é mais grave do que a lesão sofrida aos direitos fundamentais envolvidos. Então, em que pese transpareça ser uma usurpação de poder, o STF tem a função precípua de interpretar a Constituição e, se não o fizer, poderá eximir-se de sua atividade principal que é julgar. Nesse sentido, se por um lado há lacunas e omissões legislativas, por outro lado há um clamor por justiça ancorado na tutela dos direitos fundamentais, sendo que o Poder Judiciário não deve colocar esses direitos em risco em razão da mora do Legislativo.

Apesar disso, é necessário evidenciar o entendimento crítico de Araújo e Figueiredo (2020, p. 17-18):

No caso em tela, constata-se que o Supremo Tribunal Federal violou o princípio da separação de poderes, extrapolando a sua competência, na medida em que deixou de observar o princípio da legalidade, que vigora no Direito Penal, e só permite que condutas sejam criminalizadas através de lei em sentido estrito, proveniente do Poder Legislativo. De igual modo, verifica-se a inobservância da proscrição da analogia *in malam partem* no Direito Penal, que decorre do princípio da legalidade, considerando que o âmbito de aplicação da Lei de Racismo foi alargado para abranger situações que não estão expressamente previstas no texto legal. Vale ressaltar que o precedente penal firmado pelo Supremo Tribunal Federal com essa decisão é temerário, na medida em que torna possível a criminalização de condutas sem a observância do princípio da legalidade consagrado pela Constituição Federal e expresso como norma penal.

Por esse ângulo, inquestionavelmente, não há espaço para o julgador enquadrar condutas como crimes, dentre as quais o legislador não tipificou, em razão da garantia constitucional de reserva de lei. Concordando com a ideia, Badaró (2019, p. 04) refere que seria o mesmo que transformar o princípio da legalidade em uma “jurisdicionalidade”. Desse modo, cabe ao legislador a tarefa de tipificar criminalmente condutas através de critérios legais definidos de maneira clara, precisa e taxativa, de modo que “será possível evitar que, por qualquer mecanismo, não haja incerteza ou criação para determinar a norma incriminadora e condutas vetadas ao cidadão.” (BADARÓ, 2019, p. 04).

Cabe ressaltar, ainda, que a questão da criminalização da homofobia revela também um caráter pedagógico, eis que, ao ser definido como crime qualquer ato discriminatório em razão da orientação sexual e identidade de gênero, poderia servir como uma ideia de que isso é nocivo. Assim, analogamente ao crime de racismo, as gerações futuras já teriam essa consciência de que as condutas

homotransfóbicas são ilícitas e, por isso, sancionadas penalmente. (CARRARA, 2010 apud KESKE; MARCHINI, 2019).

Por fim, evidencia-se que o entendimento majoritário é no sentido de que a decisão do STF que equiparou as condutas homotransfóbicas aos tipos penais da Lei n.º 7.716/89 importou na violação dos princípios da separação dos Poderes e da legalidade, especialmente da proibição da analogia *in malam partem*, os quais constituem limite para a formação de jurisprudências penais de maneira rígida. (ARAÚJO; FIGUEIREDO, 2020).

4.2 À guisa de uma resposta com base no princípio da legalidade

De acordo com Miranda (2019), esse debate acerca da criminalização da homotransfobia não foi encerrado com o julgamento do STF, visto que ainda é possível que os efeitos da decisão sejam sustados pelo Projeto de Decreto Legislativo n.º 404/2019, anteriormente citado, como também se, tão logo, o Congresso regulamentará a matéria e, até mesmo, se os julgadores optarem em mitigar os princípios penais constitucionais a fim de efetivar a tipificação conferida pela decisão.

Da mesma forma, denota-se que, através dessa decisão, o STF interferiu diretamente na função típica do Poder Legislativo, porquanto literalmente legislou de modo impositivo para a garantia dos direitos desse grupo marginalizado da sociedade brasileira.

Assim, verifica-se que a decisão do STF em criminalizar a homotransfobia em equiparação ao crime de racismo ao enquadrar as condutas homotransfóbicas na Lei n.º 7.716/89 importou na violação ao princípio da legalidade e ao princípio da separação dos Poderes, eis que nítido ativismo judicial da Corte Suprema.

Na linha de raciocínio de Estefam (2020), considerando que a decisão do STF não se pautou em legislação previamente escrita, evidencia-se que, ao ferir o princípio da legalidade, isso refletiu em insegurança jurídica na seara penal. Além disso, nos termos de Masson (2019), mesmo que haja omissão legislativa, não é permitido utilizar analogia *in malam partem* devido à obrigatoriedade de expressa disposição legal. Isso significa, que o STF violou o princípio da legalidade por decidir sem legislação prévia, como também por utilizar regra análoga ao caso.

Além disso, em que pese a separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário seja flexível, já que, atualmente, existe um sistema de intervenções recíprocas, conforme preceitua Pinho R. (2018), a decisão da Suprema Corte extrapolou a sua competência em uma flagrante inovação legislativa, eis que a função de legislar é típica – e exclusiva – do Poder Legislativo, o que, por si só, demonstra que o Poder Judiciário não tem legitimidade para tanto.

Enfim, conforme amplamente debatido por Streck (2009), cabe ao julgador aplicar os ditames constitucionais e fazer o filtro das leis inconstitucionais, e não julgar conforme seu próprio entendimento e consciência individual, pois, além de eventualmente proferir decisões contraditórias, também se evidencia a alteração do contexto estagnado para um autêntico ativismo judicial, que é prejudicial à democracia. Enfim, tal situação pode acarretar repercussões e resultados tão lesivos ou mais prejudiciais do que aquela que se buscava superar. (STRECK, 2016).

Portanto, em virtude de todo o exposto e embora seja justa e nobre a causa da comunidade LGBT no sentido de criminalizar as condutas discriminatórias em razão da orientação sexual e identidade de gênero, verifica-se que a decisão da Suprema Corte é desprovida de constitucionalidade por afrontar não somente aos princípios supracitados, mas também a própria democracia e o Estado Democrático de Direito, revelando-se, dessa forma, a primordialidade dessa questão ser enfrentada pela via adequada, ou seja, que o Poder Legislativo, através do procedimento correto, criminalize as condutas discriminatórias em razão da identidade de gênero e orientação sexual.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a estudar aspectos referentes à criminalização da homotransfobia pelo STF através do julgamento conjunto do Mandado de Injunção n.º 4733 (MI n.º 4733) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 (ADO n.º 26).

Assim, em um primeiro momento, buscou-se apontar a importância do Princípio da Legalidade no Direito Penal, que garante que não há crime sem lei anterior que o defina, evidenciando-se que a base do referido princípio é proteger a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade. Esse princípio vincula os três Poderes à legislação prévia, determinada e expressa e, assim, evita o desrespeito à ordem jurídica, limita a arbitrariedade e o excesso do poder punitivo estatal, assegura a aplicação igualitária da legislação e estabelece que todos devem obedecer a imperatividade da lei.

Além disso, passou-se à análise do princípio da separação dos Poderes, que, apesar de não ser absoluto, eis que há mecanismos de controles recíprocos e um sistema de intervenções nas funções alheias entre todos os Poderes, isso não autoriza ao Judiciário a utilização de decisões ativistas a fim de conferir a efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, visto que demonstra um desrespeito ao princípio democrático, já que o povo elegeu o Poder Legislativo como seus representantes para a função de legislar e não o Poder Judiciário.

Ademais, foram abordados aspectos acerca do ativismo judicial que nada mais é do que o avanço das linhas demarcatórias das competências entre os três Poderes, pois, mesmo inexistindo legislação prévia sobre certos casos concretos, o Poder Judiciário decide de maneira ativista ao interpretar os princípios constitucionais para consagrar os direitos fundamentais previstos na Constituição, aumentando o seu sentido e alcance, o que evidencia uma contribuição nova para o ordenamento jurídico e tomada para si da função exclusiva do Poder Legislativo. Nesse sentido, percebe-se que o Poder Judiciário assumiu um papel de protagonismo na busca da efetivação desses direitos, de modo que atua como um defensor dos ideais democráticos, ultrapassando as linhas demarcatórias da função jurisdicional e as funções que lhe são atribuídas na Constituição, especificamente em detrimento às funções legislativas.

Na sequência, a pesquisa do último capítulo pautou-se na análise da decisão do STF que criminalizou as condutas discriminatórias em razão da identidade de gênero e orientação sexual ao crime de racismo, trazendo à baila aspectos e fundamentos da decisão, como também as críticas, posicionamentos favoráveis e resoluções sobre o caso.

Por conseguinte, a referida decisão do STF que criminalizou as condutas homotransfóbicas refletiu em um autêntico ativismo judicial, de modo que importou na violação do princípio da separação de Poderes, eis que extrapolou a sua competência, como também não observou o princípio da legalidade e a analogia *in malam partem*, já que criminalizou as práticas discriminatórias em decorrência da identidade de gênero e orientação sexual sem que houvesse lei em sentido estrito anterior e expandiu as disposições da Lei n.º 7.716/89 para abranger as condutas homotransfóbicas como crime crime de racismo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. **Revista dos Tribunais online**, [S.l.], v. 242, p. 21-47, 2015. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

ARAGÃO, Ester Oliveira Ferreira; NÓBREGA, Adriano César Oliveira. A preservação do Direito à vida e uma discussão sobre o poder de legislador: a equiparação da transfobia e da homofobia ao racismo. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Belém, v. 5, n. 2, p. 01-18, Jul/Dez. 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/5823>. Acesso em: 04 out. 2020.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva; FIGUEIREDO, Raquel El-Bachá. A criminalização da homofobia pelo SupremoTribunal Federal e os possíveis limites na formação dos precedentes penais. **Revista Thesis Juris**, [S.l.], v.9, n. 1, 2020. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/16546>. Acesso em: 04 out. 2020.

ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro, n. 40, p. 34-64, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/164>. Acesso em: 24 set. 2020.

BADARÓ, Gustavo. Legalidade Penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista. **JOTA**. [S.l.], 2019. Disponível em: <https://documentcloud.adobe.com/link/review?uri=urn:aaid:scds:US:7faf67c0-e5e1-4c0d-9415-22c716360210>. Acesso em: 05 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn] THESIS**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, [S. l.], v. 3, n. 6, 2005. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2881/925>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 25. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Código Penal (1940)**. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Senado Notícias**. Criminalização da LGBTfobia avança no Senado. 2019a. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/22/criminalizacao-da-lgbtfobia-avanca-no-senado>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Senado Notícias**. Projetos antigos do Senado serão arquivados. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/01/05/projetos-antigos-do-senado-serao-arquivados>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 (ADO 26)**. 2019b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 (ADO 26/DF)**. 2019c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 4733 (MI 4733)**. 2019d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Julgamento de ações sobre omissão do Legislativo para criminalizar homofobia prosseguirá nesta quinta-feira (14). 2019e. Disponível em: <http://noticias.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403247>. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. 2019f. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 25 jun. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. 376f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4219. Acesso em: 20 set. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1º a 120). 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CASTILHO, Fernando Pascoal Valle Bueno de. **A (in)observância do princípio da legalidade na lei antiterrorismo (lei nº 13.260/2016)**. 2019. 153f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, [S.l.], ano II, n. 3, 2001-2002. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16013577.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1 ao 120). 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DIA Internacional contra a Homofobia: ONU pede atenção à população LGBTI em meio à pandemia do coronavírus. **IBDFAM**, Belo Horizonte, mai. 2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/7276/Dia+Internacional+contra+a+Homofobia%3A+ONU+pede+aten%C3%A7%C3%A3o+%C3%A0+popula%C3%A7%C3%A3o+LGBTI+em+meio+%C3%A0+pandemia+do+coronav%C3%ADrus>. Acesso em: 20 set. 2020.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120**. 9. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado** – parte geral. Coleção esquematizado. Coord. Pedro Lenza. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GONÇALVES, Antonio Baptista. STF e a criminalização da homofobia. **Revista Migalhas**, 2020. Não paginado. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia>. Acesso em: 03 out. 2020.

GRECO, Rogério. **Código penal: comentado**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.

GUIMARÃES, Cláudio Boy. **Judicialização da Política, ativismo judicial e diálogo constitucional no Brasil**. 2014. 84f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www2.dbd.pucRio.br/pergamum/tesesabertas/1213396_2014_completo.pdf. Acesso em: 24 set. 2020.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 35. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

KESKE, Henrique Alexander Grazzi; MARCHINI, Veronica Coutinho. A criminalização da homofobia no Brasil: análise jurisprudencial e doutrinária. **Revista Práxis**. Novo Hamburgo, n. 2, p. 34-56, mai./ago. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LINHARES, Emanuel Andrade et al (org.). **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012.

MIRANDA, Lucas Barbosa de. Criminalização da homofobia pelo STF: reflexões para além do debate público. In.: MENDES, Maria Goretti Soares; HARTMANN, Rebeca Spencer; COSTA, Regina Alice Rodrigues Araujo (Org.). **Debates e reflexões sobre direitos da diversidade sexual e de gênero**. 1. ed. Recife: FASA, 2019.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. Protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. **Revista Direito em Movimento**. Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 15-33, 2º sem. 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero2/volume17_numero2_15.pdf. Acesso em: 24 set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Caroline Buarque Leite de. STF e a criminalização da homofobia. **Migalhas**. 3 fev. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia>. Acesso em: 03 out. 2020.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PINHO, Rodrigo Cesar Rebello. **Direito constitucional**: da organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PINHO, Samara de Oliveira. Aspectos do contexto fático-jurídico do debate sobre a criminalização da homofobia e transfobia: análise qualitativa e quantitativa da omissão legislativa em face do apelo (social) ao STF. **Revista digital Constituição e garantias de direitos**. Natal, v. 12, n. 1, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoogarantiadedireitos/article/view/17470>. Acesso em: 04 out. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Migel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SOARES JUNIOR, Antonio Coêlho. **O princípio da legalidade penal: o que se fala e o que se cala**. 2002. 134f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2002. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/82581/188706.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 ago. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Ativismo judicial não é bom para a democracia. São Paulo, **Revista Consultor Jurídico**, 2009. Não paginado. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em: 23 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. Joaçaba, **Espaço Jurídico Journal of LAW [EJLL]**, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206/pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Entrevista. **Jornal Carta Forense**. São Paulo. 2013b. Não paginado. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/entrevistas/decisao-juridica/12151>. Acesso em: 23 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O futuro do STF: na retransa, como diz Toffoli, ou no ataque? São Paulo, **Revista Consultor Jurídico**, 2018. Não paginado. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2018-dez-06/senso-incomum-futuro-stf-retranca-toffoli-ou-ataque>. Acesso em: 23 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O passado, o presente e o futuro do STF em três atos. São Paulo, **Revista Consultor Jurídico**, 2012. Não paginado. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/sensoincomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>. Acesso em: 23 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O Supremo não é o guardião da moral da nação. São Paulo, **Revista Consultor Jurídico**, 2013a. Não paginado. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao#_ftn3_9328. Acesso em: 23 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de políticas públicas**. 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 23 set. 2020.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** – Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 47, 9. 29-64, 2011.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. 2006. 264f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328/en.php>. Acesso em: 25 jun. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.