



VANESSA DA SILVA OLIVEIRA

**ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
ANÁLISE SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA**

VANESSA DA SILVA OLIVEIRA

**ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
ANÁLISE SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, ao Curso de Direito, da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR.

Prof. Me. Taigoara Finardi Martins

Apucarana
2020

VANESSA DA SILVA OLIVEIRA

**ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
ANÁLISE SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, ao Curso de Direito, da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR.

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Me. Taigoara Finardi
Martins
Faculdade do Norte Novo de Apucarana

Prof. Componente da Banca
Faculdade do Norte Novo de Apucarana

Prof. Componente da Banca
Faculdade do Norte Novo de Apucarana

Apucarana, 17 de julho de 2020.

ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA¹

JUDICIAL ACTIVISM ON THE SUPREME COURT: ANALYSIS OF THE CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA²

Vanessa da Silva Oliveira ³

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES; 3 DO ATIVISMO JUDICIAL; 4 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA; 4.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

RESUMO: Este artigo pretende estudar sobre o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e, em especial, analisar a decisão que ensejou na criminalização da homofobia. Serão promovidos conhecimentos acerca da teoria da tripartição de poderes, onde será dado enfoque no Poder Judiciário, bem como será feita uma análise mais profunda acerca do Supremo Tribunal Federal. Também, será esclarecido quanto ao conceito de ativismo judicial e demonstrará as principais diferenças quanto ao termo judicialização da política. Ainda, será analisada a decisão proferida pela Suprema Corte que criminalizou as condutas consideradas homofóbicas e transfóbicas, bem como será feito um estudo acerca do princípio da legalidade. Quanto à metodologia será adotado o referencial teórico neopositivista. O método de pesquisa será o hipotético-dedutivo. A técnica de pesquisa se faz por revisão bibliográfica, análise documental e estudo de caso. O objetivo é demonstrar as consequências do ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da criminalização da homofobia. Ao término, chegou-se à conclusão que, o STF ao criar um novo tipo penal via analogia, ultrapassou os limites legais, eis que violou expressamente o princípio da legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Separação de Poderes. Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal. Criminalização da homofobia. Princípio da Legalidade.

ABSTRACT: *This article is intended to explore the judicial activism on the Supreme Court, and, in particular, to review the decision that gave rise to the criminalization of homophobia. Will provide a knowledge of the theory of the tripartition of the power will be given, focusing on the Judiciary, as well as how it will be done in a more in-depth analysis in-depth about the Supreme Court. Also, you will be informed about the*

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Orientação a cargo do Prof. Me. Taigoara Finardi Martins.

² Undergraduate Final Project presented as a partial requirement for obtaining a Bachelor of Law degree, from the Law Course of Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Orientation by Prof. Me. Taigoara Finardi Martins.

³ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2016. E-mail: vanessa.silva.98@hotmail.com.

concept of judicial activism, and demonstrate the main differences in term of judicialization in the policy. Also, we'll review the decision handed down by the Supreme Court, which outlawed the conduct that would be considered homophobic, and transphobic, as well as how it will be done a study about the rule of law. As regards the methodology to be adopted as the theoretical framework for neopositivista. The research method is the hypothetical-deductive. The technique of searching for a review of the literature, documentary analysis and a case study. The purpose of this is to illustrate the consequences of the judicial activism practiced by the Supreme Court in the judgment of the criminalization of homophobia. In the end, it has been found that, for the Supreme Court to create a new kind of criminal by way of analogy, it exceeded the limits of the law, that, behold, he violated an explicit the principle of legality.

KEYWORDS: *Separation of Powers. Judicial Activism. Supreme Court. Criminalization of homophobia. Principle of Legality.*

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, dispõe que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Sob o ponto de vista histórico, a teoria da divisão de poderes, elaborada por Montesquieu no século XVIII, está ligada à luta pela aplicação de um dos mais importantes ideais da época, a destruição do absolutismo e garantia das liberdades individuais. A teoria tem como fundamento evitar a concentração do poder nas mãos de uma única pessoa, ou seja, o poder deve limitar o poder, para evitar o abuso de poder. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada após a Revolução Francesa, já dizia que toda a sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não há Constituição.

É cediço que a teoria da separação de poderes tem desempenhado papel fundamental na construção do chamado Estado Constitucional, apesar de utilizar-se o termo separação de poderes, sabe-se que o poder do Estado é uno e indivisível, devendo ser exercido por um conjunto de órgãos, cada qual dentro dos limites de sua competência previamente fixada por lei. Assim, podemos dizer que há uma divisão de competências.

Tem-se que o Poder Legislativo, como atribuições próprias ou típicas, as funções de elaborar, derogar ou ab-rogar leis, de normas gerais e abstratas; ao Poder Executivo a administração do Estado, de acordo com as leis; e ao Poder Judiciário, o exercício da atividade jurisdicional do Estado, aplicando a lei no caso concreto e resolvendo conflitos entre os cidadãos ou estes e o Estado. Entretanto, tais funções

típicas não são exclusivas, posto que, em determinadas situações se apresentam como funções atípicas de outro Poder, onde cada um exerce suas competências e também controla o exercício dos outros. Esse sistema é denominado pelos norteamericanos *check and balances*, também denominado como sistema de freios e contrapesos.

Em suma, o presente trabalho analisará quando o Poder Judiciário, em específico o Supremo Tribunal Federal, ultrapassa os limites da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, evidenciando um desrespeito à teoria da separação dos poderes. Essa prática é conhecida como ativismo judicial.

A ideia de ativismo judicial, termo este que surgiu nos Estados Unidos, está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, ultrapassando os limites que separam as esferas judiciais e legislativa. Contudo, é necessário distinguir o ativismo judicial da judicialização da política, fenômeno este que está ligado com a transformação de questões políticas em jurídicas, trata-se do controle dos outros poderes pelo Judiciário, já o ativismo é o ato de vontade daquele que julga, caracterizando uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem tomado decisões nas quais se verifica o ativismo judicial, em virtude da matéria que aborda, como por exemplo, pesquisas sobre células-tronco, demarcação de terras indígenas, criminalização da homofobia, a qual será o enfoque do presente trabalho, dentre outras.

Tramitavam no Congresso Nacional alguns projetos de lei buscando incluir expressamente na Lei nº 7.771/89 (Lei de Racismo) como crime as condutas homofóbicas e transfóbicas, porém, sem resultados. A Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou mandado de injunção em 2012, no qual pediu o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadrem no conceito de racismo ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como racismo. Em 2013, o Partido Popular Socialista ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) que, em síntese, pediu que o STF declarasse a omissão do Congresso Nacional por não ter votado o projeto de lei que criminaliza atos de homofobia.

No dia 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal determinou que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero passou a ser considerada crime. Por oito votos a três, os ministros determinaram que a conduta passe a ser punida pela Lei de Racismo, o qual é inafiançável e imprescritível, conforme dispõe a

Constituição Federal de 1988, até que uma norma específica seja aprovada pelo Congresso Nacional.

Todavia, tal decisão corresponde a uma exacerbação de uma função atípica do STF, que é legislar, tendo em vista que qualquer tipo penal só pode ser criado mediante a observância do processo legislativo. A Constituição em seu artigo 5º, inciso XXXIX, já estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, esse dispositivo trata-se do Princípio da Legalidade.

No âmbito do Direito Penal, o princípio da legalidade está previsto no artigo 1º do Código Penal, e manifesta-se também pela locução *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. Esse postulado possui importância tanto para o sistema jurídico pátrio, que é considerado a base do Estado Moderno, além de alicerce para o Direito Penal, que aspira segurança jurídica.

Por fim, será demonstrado que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal fere diretamente os direitos e garantias individuais do cidadão, uma vez que contraria expressamente uma norma constitucional, além de trazer insegurança jurídica a todos.

2 DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES

O Estado, para dar efetividade às funções que lhe são inerentes, desempenha inúmeras atividades, visando à promoção do bem público. Contudo, a distribuição das funções estatais é efetuada de forma a permitir que cada órgão atue com autonomia, porém sempre em harmonia com os demais. Essa divisão de poderes é também conhecida como a teoria da separação dos poderes.

A divisão do poder estatal foi originalmente preconizada por Aristóteles em sua obra intitulada “Política”. O doutrinador Pedro Lenza dispõe sobre a temática,

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra Política, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos (2018, p. 571).

O citado autor ainda esclarece que, Aristóteles descrevia a concentração das funções nas mãos de uma única pessoa, o soberano, que detinha todo o poder.

Portanto, o filósofo contribuiu no sentido de identificar a divisão das três funções estatais, mesmo que exercidas por um único órgão.

Séculos depois, a teoria foi também desenvolvida por John Locke, em “Segundo Tratado Sobre o Governo”, porém foi consagrada por Montesquieu na tradicional obra “O Espírito das Leis” (LENZA, 2018, p. 572).

Na concepção de Montesquieu, as funções do Estado estariam intimamente ligadas a três órgãos distintos, de modo que cada um exerça sua função de forma independente e harmônica entre si. Para o autor, somente com essa divisão de poder seria possível que se efetivasse a liberdade individual (LENZA, 2018, p. 572).

Em sua obra “O Espírito das Leis”, Montesquieu desenvolve sua ideia,

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e querelas dos particulares (1996, p. 168).

Essa teoria surgiu no século XVIII, em oposição ao poder absolutista que vigorava na época e serviu de base estrutural para diversos movimentos, como a revolução francesa e americana. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 diz que: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição” (LENZA, 2018, p. 571).

Logo, o sistema de separação dos poderes espalhou-se para os documentos constitucionais modernos e foi imprescindível ao desenvolvimento do constitucionalismo. No Brasil não foi diferente, a Constituição Federal vigente consagrou a teoria da separação de poderes em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Ainda, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 60, §4º, inciso III, a separação de poderes como sendo uma cláusula pétrea, matéria que não pode ser suprimida da CF/88, por emenda constitucional (BRASIL, 1988).

Em suma, é possível concluir que a teoria busca a liberdade individual, evitando que o poder se concentre nas mãos de uma única pessoa ou grupo de pessoas, buscando assim, a defesa do regime democrático.

Nesse contexto, dispõe Rodrigo César Rebello Pinho:

O fundamento da separação de Poderes é evitar a concentração nas mãos de uma só pessoa, o que gera situações de abuso de poder. A concentração de poderes era a característica do Estado absolutista, em que todo o poder concentrava-se nas mãos de uma pessoa só, o Rei. A passagem do Estado absolutista para o Estado liberal caracterizou-se justamente pela separação de Poderes e pelo reconhecimento de direitos individuais. [...] A separação de Poderes e a garantia de direitos individuais estão ligadas à própria origem do direito constitucional (2019, p. 65).

A separação de Poderes não é absoluta, por isso estabelece mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes do Estado, com o objetivo de evitar abusos de poder. Esses mecanismos são também conhecidos como sistema de freios e contrapesos.

Na atual Constituição Federal, têm-se vários exemplos desse mecanismo, como por exemplo, o artigo 52, inciso I, que dispõe que compete privativamente ao Senado Federal, órgão do Poder Legislativo, processar e julgar o Presidente e o Vice Presidente da República, que são membros do Poder Executivo, nos crimes de responsabilidade. Outro exemplo é o artigo 66, §1º, em que o Chefe do Poder Executivo pode sancionar ou vetar projetos de lei aprovados pelo Parlamento, membro do Poder Legislativo (PINHO, 2019, p. 66).

Acerca deste raciocínio, o seguinte posicionamento é compartilhado por Flávio Martins:

Embora os poderes sejam independentes e harmônicos, isso não significa que inexista uma interferência entre eles. Há um sistema de controles recíprocos entre os três Poderes, denominado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). [...] Assim, o Poder Judiciário interferirá, dentro de certos limites, no Poder Legislativo, que, por sua vez, interferirá no Poder Executivo etc (2019, p. 428).

Ressalta-se que, apesar de ser utilizada a expressão “tripartição de poderes”, o poder não se triparte, ele é uno, indivisível e indelegável. Assim, todos os atos praticados pelo Estado decorrem de um só poder, que se manifestam por meio de órgãos que exercem funções. Portanto, pode-se dizer que há uma divisão de competências (LENZA, 2018, p. 576).

Dessa forma, cada órgão exerce suas funções típicas, que são aquelas inerentes à sua natureza e também, suas funções atípicas, ou seja, aquelas de natureza típica de outro órgão.

Neste sentido, dispõe Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal consagrou em seu art. 2º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo, caracterizá-la com a exclusividade absoluta. Assim, cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas (2019, p. 456).

Tem-se que o Poder Executivo tem como função típica a prática dos atos de chefia de estado, de governo e de administração. Como função atípica ele legisla, por meio de edição Medidas Provisórias e julga, por meio do contencioso administrativo.

O Poder Legislativo tem como função típica, como o próprio nome diz, a função de legislar, porém, exerce natureza executiva ao dispor sobre sua organização, provendo cargos, etc. Ainda, exerce função jurisdicional quando o Senado julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

O Poder judiciário, por sua vez, por possuir a atribuição jurisdicional, ponto chave para o desfecho deste trabalho, merece maior atenção, razão pela qual será analisado de forma minuciosa.

Neste palmilhar, o Poder Judiciário constitui um dos três poderes reconhecidos pela Constituição Federal em seu artigo 2º, sendo independente em relação aos demais. A ele foi dada a função de julgar, dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados.

Dessa forma, pode-se concluir que o Judiciário exerce a função jurisdicional. O doutrinador André Ramos Tavares em sua obra Curso de Direito Constitucional, apresenta uma compreensão acerca do tema:

Do ponto de vista de sua função típica, o Poder Judiciário pode ser definido como o conjunto dos órgãos públicos que detêm o exercício da função jurisdicional. A jurisdição é, exatamente, a atividade pela qual determinados órgãos pronunciam-se, em caráter cogente, sobre a aplicação do Direito. Isso é realizado, contudo, por meio da obediência a um procedimento previamente determinado, ao final e ao cabo do qual se alcança uma decisão que é revestida do caráter da imutabilidade, vale dizer, faz coisa julgada entre as partes. A jurisdição, pois, é uma atividade pela qual o Judiciário substitui-se

à vontade das partes, solucionando os conflitos de interesse que eventualmente surjam no seio social (2020, p. 968).

Não apenas dizer o Direito, mas o Poder Judiciário deve defender a Constituição, inclusive contra as leis editadas em desacordo com ela, com a finalidade de preservar os princípios da legalidade e igualdade.

O Judiciário, assim como os demais Poderes do Estado, possui funções atípicas, de natureza administrativa, como o provimento de cargos de seus servidores, concessão de férias e demais atos administrativos; possui também funções de natureza legislativa como a edição de normas regimentais, pois compete ao Poder Judiciário elaborar seus regimentos internos, dispondo sobre a competência e funcionamento dos seus órgãos. Essas funções estão dispostas no artigo 96, inciso I, da Constituição Federal de 1988 (MORAES, 2019, p. 555).

Outrossim, para que o Poder Judiciário possa exercer a função jurisdicional de forma livre e imparcial, a Constituição assegurou a ele garantias institucionais e aos seus membros, conferindo-lhe a necessária independência e autonomia.

Neste contexto, o autor Alexandre de Moraes esclarece:

Todas estas garantias, portanto, são imprescindíveis ao exercício da democracia, à perpetuidade da Separação de Poderes e ao respeito aos direitos fundamentais, configurando suas ausências, supressões ou mesmo reduções, obstáculos inconstitucionais ao Poder Judiciário, no exercício de seu mister constitucional, permitindo que sofra pressões dos demais Poderes do Estado e dificultando o controle da legalidade dos atos políticos do próprio Estado que causem lesão a direitos individuais ou coletivos. É importante ressaltar que, em um Estado Democrático de Direito, os atos políticos do governo estão dentro da esfera de vigiabilidade do Poder Judiciário, desde que causem prejuízo a direitos e garantias individuais ou coletivas e que, para o efetivo e imparcial controle destes atos, há a necessidade das garantias constitucionais da magistratura para não se intimidar diante dos poderes, para que, dessa mútua oposição resulte a moderação de todos os poderes; o império da lei; a liberdade (2019, p.556).

Visando a liberdade dos magistrados, a Constituição, em seu artigo 95, assegurou aos juízes as seguintes garantias: a vitaliciedade, em que os magistrados, após adquirirem vitaliciedade, só perdem o cargo por sentença judicial transitada em julgado do tribunal ao qual estão vinculados. Observa-se que os Ministros do Supremo Tribunal Federal e Membros do Conselho Nacional de Justiça, só perderão o cargo por deliberação do Senado, em caso de crime de responsabilidade (BRASIL, 1988).

A inamovibilidade, que garante que os juízes não podem ser removidos, a qualquer título, de forma compulsória, do cargo que ocupam, salvo por motivo de

interesse público. A inamovibilidade não é absoluta, mas qualquer transferência compulsória depende de um rigoroso procedimento previsto em lei (BRASIL, 1988).

É também garantia dos magistrados, a irredutibilidade de subsídios, que garante que o salário dos juízes não pode ser reduzido (BRASIL, 1988).

Ainda, com o objetivo de manter a imparcialidade dos magistrados, o parágrafo único do artigo 95, da CF, veda algumas atividades que possam prejudicar a sua posição absoluta de imparcialidade entre as partes. Veja-se:

Artigo 95, parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (BRASIL, 1988).

Em relação à sua organização, o artigo 92 da Carta Magna, determina que são órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares, e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (BRASIL, 1988).

Considerando que presente trabalho tem como enfoque o Supremo Tribunal Federal em específico, é necessário realizar uma análise mais detalhada.

Criado pela Constituição em 1891, o Supremo Tribunal Federal trata-se de órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e tem como função principal a “guarda da Constituição”. Compete-lhe a atribuição de julgar as questões constitucionais, garantindo a supremacia da Constituição em todo o território nacional (PINHO, 2019, p. 145).

É composto por onze ministros, nos termos do artigo 101, *caput*, da Constituição Federal. Para ser nomeado ministro é necessário ser cidadão brasileiro nato, com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, bem como ter notável saber jurídico e reputação ilibada (BRASIL, 1988).

Além disso, os ministros são nomeados pelo Presidente da República, após prévia aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, conforme dispõe o artigo 101, parágrafo único, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

As competências do Supremo Tribunal Federal são as expressamente previstas pela Carta Magna, não podendo ser ampliadas pela legislação infraconstitucional. O órgão possui, ainda, competência originária alheia às questões constitucionais, bem como possui competências recursais, previstas no artigo 102, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

3 DO ATIVISMO JUDICIAL

A doutrina traz vários conceitos para o ativismo judicial. Contudo, este termo pode ser conceituado como uma ação e não como um fato. Trata-se da atitude do poder Judiciário em interferir nas ações dos outros dois poderes quando estes forem omissos ou ineficazes. “A ideia 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” (BARROSO, 2012, p. 25).

O Ativismo ganhou espaço após a Segunda Guerra Mundial, sobretudo nos Estados Unidos da América, com o advento da Corte Warren. Neste sentido, discorre Luís Roberto Barroso:

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

Conforme o citado autor, após a Segunda Grande Guerra, houve a consolidação do Estado Constitucional, compreendendo a Constituição como norma

jurídica e não mais como um documento político. A partir da redemocratização, a maioria dos países europeus tiveram suas constituições integradas, no lugar das leis, o centro do ordenamento jurídico, deixando de existir a supremacia parlamentar, situação presente nos Estados Unidos desde 1803.

Todos esses marcos históricos embasaram discussões doutrinárias até os dias atuais, e refletiram em um novo Direito Constitucional, o que se costumou chamar, sobretudo, no Brasil, de neoconstitucionalismo, que se deu com a Constituição de 1988.

Na tentativa de definir, com um mínimo de consistência teórica, o que venha a ser o neoconstitucionalismo o citado autor acaba por identificá-lo como “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 expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional” (RAMOS, 2015, p. 295).

Neste cenário, pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo é um elemento de impulsão ao ativismo judicial na realidade jurídica brasileira, que começa a se fazer presente no âmbito do Poder Judiciário, inclusive nas decisões do Supremo Tribunal Federal (RAMOS, 2015, p. 294).

Essas novas formas de interpretação jurídica trouxeram ao juiz a possibilidade de interpretar a norma extravasando a função do magistrado de apenas encaixar uma norma abstrata ao caso concreto, sem lhe acrescentar nenhum juízo de valor.

Contudo, há uma dificuldade quanto à delimitação do termo ativismo judicial, veja-se:

Essa expressão é comumente utilizada de maneira ambígua ou, no mínimo, dispersa e desencontrada; às vezes, com destaque para um perfil aditivo inesperado. Em outras, com ênfase na ausência de lei embasadora da decisão; ou também revelando um perfil negativo em relação à declaração de inconstitucionalidade de normas (atuação contramajoritária); ou ainda mostrando estreita relação com a participação ativa do Judiciário na proteção dos princípios constitucionais, através do controle da atividade dos demais poderes (notadamente sobre suas omissões). Por isso, os que se propõem a estudá-lo frequentemente apontam uma dificuldade: “a ausência de uma clara delimitação conceitual da matéria no plano da Dogmática e da Teoria do Direito” [...] (FERNANDES, 2012, p. 259).

No mesmo sentido discorre o doutrinador Carlos Alexandre de A. Campos:

[...] O ativismo judicial é criticado, mas raramente são fixados critérios adequados para a identificação e avaliação. Não há realmente consenso sobre o que é ativismo judicial e ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas. É possível haver tantas concepções de ativismo judicial quantos autores sobre o tema. Diante desta falta de rigor na definição, parece até que “quanto mais o termo se torna comum, mais obscuro fica seu significado”. Por outro lado, o ativismo judicial tem reais e importantes implicações políticas e sociais, de modo que precisa ser conhecido abstratamente e identificado concretamente [...] (2014, p. 149).

Embora haja dificuldade em encontrar um consenso quanto à conceituação de ativismo judicial, alguns autores trouxeram algumas importantes definições quanto ao tema.

[...] defino o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias [...] (CAMPOS, 2014, p. 149).

Nesta senda, temos a seguinte elucidação doutrinária:

Ativismo judicial é uma atitude ou comportamento dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico – ou seja, com regulação de condutas sociais ou estatais, anteriormente não reguladas, independente de intervenção legislativa – ou com a imposição ao Estado de efetivar políticas públicas determinadas (ativismo jurisdicional); ou ainda como um comportamento expansivo fora de sua função típica, mas em razão dela (ativismo extrajurisdicional) (FERNANDES, 2012, p. 262)

Além disso, é importante destacar as diferenças entre os termos ativismo judicial e judicialização da política, haja vista que apesar de apresentarem semelhanças, há importantes distinções.

É cediço que nas democracias contemporâneas, verifica-se a progressiva transferência, por parte dos próprios poderes políticos e da sociedade, para a arena judicial as decisões políticas e sociais. Essa transferência corresponde a uma das características da judicialização da política (CAMPOS, 2014, p. 153).

Para Barroso (2012) a judicialização foi resultado de três causas, sendo elas: a redemocratização do país que teve seu ápice com a promulgação da Constituição

Federal de 1988, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a procura por justiça na sociedade brasileira. A segunda causa foi o constitucionalismo abrangente, que trouxe pela Constituição ao Judiciário, matérias que antes eram de cunho legislativo ou executivo. A terceira e última causa foi o sistema de controle de constitucionalidade, sendo adotado no Brasil o sistema difuso e incidental.

Por conseguinte, é possível concluir que são requeridas às cortes decidir sobre conflitos cruciais contemporâneos, fazendo com que elas avancem seu poder político-normativo, exercendo o ativismo judicial. “É neste sentido que se pode dizer ter o ativismo judicial na judicialização da política a oportunidade adequada para desenvolvimento” (CAMPOS, 2014, p. 154).

Contudo, as cortes constitucionais não devem decidir livremente sem vínculos com os textos legais, devendo atuar em equilíbrio entre a função judicial e função política.

4 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

O plenário do Supremo Tribunal Federal, determinou que as condutas consideradas homofóbicas e transfóbicas passem a ser consideradas crime. Por maioria, a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional em editar norma que trate do tema.

O assunto foi levado à Suprema Corte por meio de duas ações judiciais. A primeira foi o Mandado de Injunção (MI) 4733, impetrado em 2012, pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, de relatoria do Ministro Edson Fachin; a segunda foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), ajuizada em 2013 pelo Partido Popular Socialista (PPS), relatada pelo Ministro Celso de Mello.

Por 10 votos à um, os ministros reconheceram o estado de mora inconstitucional do Poder Legislativo em implementar normas destinadas a cumprir o mandado de incriminação previstos nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Outrossim, por oito votos à três, determinou que atos de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, qualquer que seja a forma de sua manifestação, passem a ser punidos pela Lei nº 7.716/89 (Lei de Racismo), o qual é inafiançável e imprescritível, conforme dispõe a Constituição Federal, até que uma norma específica seja aprovada pelo Congresso Nacional.

Em seguida, os ministros fixaram a seguinte tese:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito (BRASIL, 2019b).

Os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes se manifestaram favoravelmente pelo enquadramento da homofobia e transfobia no tipo penal previstos na Lei de Racismo. A ministra Cármen Lúcia em seu voto, “[...] avaliou que, após tantas mortes, ódio e incitação contra homossexuais, não há como desconhecer a inércia do legislador brasileiro e afirmou que tal omissão é inconstitucional” (BRASIL, 2019a).

No mesmo sentido, o ministro Gilmar Mendes salientou que a existência de projetos de lei em trâmite no Congresso que tratam do tema não afasta a mora

legislativa. Frisou também que a interpretação de que a Lei de Racismo também pode alcançar os membros da comunidade LGBT é compatível com a Constituição.

Todavia, os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli votaram pela procedência parcial dos pedidos. Ambos reconheceram a mora Poder Legislativo, e, para o ministro Lewandowski, “[...] é indispensável a existência de lei para que seja viável a punição penal de determinada conduta” (BRASIL, 2019a).

Já o ministro Marco Aurélio não admitiu o Mandado de Injunção e admitiu em parte a ADO 26, não reconhecendo a omissão legislativa em criminalizar atos de homofobia e transfobia. O ministro salientou:

[...] a Lei do Racismo não pode ser ampliada em razão da taxatividade dos delitos expressamente nela previstos. Ele considerou que a sinalização do STF para a necessária proteção das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis, por si só, contribui para uma cultura livre de todo e qualquer preconceito e discriminação, preservados os limites da separação dos Poderes e da reserva legal em termos penais (BRASIL, 2019a).

O julgamento que teve início em fevereiro de 2019, foi retomado no dia 23 maio e encerrou-se no dia 13 de junho de 2019.

4.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade tem seu fundamento no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). Ele também é reconhecido pela fórmula latina, cunhada por Feuerbach, *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Oportuno se torna dizer que “o Estado Democrático de Direito jamais poderia consolidar-se, em matéria penal, sem a expressa previsão e aplicação do princípio da legalidade [...]” (NUCCI, 2019, p. 73), eis que ele confere segurança jurídica, garantindo que os cidadãos não sofrerão punições criminais sem que haja lei de conteúdo determinado e anterior à conduta.

Acerca do tema ora versado discorre Fernando Capez:

O tipo exerce função garantidora do primado da liberdade porque, a partir do momento em que somente se pune alguém pela prática de crime previamente definido em lei, os membros da coletividade passam a ficar protegidos contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade. O princípio contém uma regra – segundo a qual ninguém poderá ser punido pelo poder estatal, nem sofrer qualquer violação em seu direito de liberdade – e

uma exceção, pela qual os indivíduos somente serão punidos se, e quando, vierem a praticar condutas previamente definidas em lei como indesejáveis (2018, p. 89).

Interessante faz-se mencionar que o princípio da legalidade se desdobra em dois subprincípios: reserva legal e anterioridade da lei penal. Segundo Capez (2018, p. 89), o princípio da legalidade é gênero e, a regra também estabelecida no artigo 1º, do Código Penal, compreende os princípios da reserva legal e da anterioridade.

Por outro lado, os autores André Estefam e Victor Gonçalves apontam que o princípio se divide em quatro subprincípios: anterioridade da lei; reserva legal; proibição de analogia *in malam partem*; e taxatividade da lei, veja-se:

O efetivo respeito ao princípio da legalidade demanda não só a existência de uma lei definindo a conduta criminosa. Exige, também, que seja anterior ao ato, que se trate de lei em sentido formal, vedando-se a analogia *in malam partem*, e que tenha conteúdo determinado (2019, p. 112).

O princípio da reserva legal estabelece que somente a lei, em seu sentido estrito, pode definir crimes e cominar penas, “[...] ou seja, norma emanada do Poder Legislativo, dentro da sua esfera de competência. No caso penal, cuida-se de atribuição do Congresso Nacional, como regra” (NUCCI, 2019, p. 73). Vale mencionar que a reserva legal faz com que o poder seja conduzido pela vontade do povo, por meio de seus representantes, para a criação de tipos penais e suas penas.

Outro desdobramento do princípio da legalidade consiste na proibição do emprego da analogia que seja prejudicial ao agente, por criar ilícitos penas ou agravar punições já existentes, por mera semelhança.

Nesta senda, Fernando Capez traz uma importante elucidação doutrinária, veja-se:

A lei penal deve ser precisa, uma vez que um fato só será considerado criminoso se houver perfeita correspondência entre ele e a norma que o descreve. A lei penal delimita uma conduta lesiva, apta a pôr em perigo um bem jurídico relevante, e prescreve-lhe uma consequência punitiva. Ao fazê-lo, não permite que o tratamento punitivo cominado possa ser estendido a uma conduta que se mostre aproximada ou assemelhada. É que o princípio da legalidade, ao estatuir que não há crime sem lei que o defina, exigiu que a lei definisse (descrevesse) a conduta delituosa em todos os seus elementos e circunstâncias, a fim de que somente no caso de integral correspondência pudesse o agente ser punido (2018, p. 95).

A legalidade impõe também que a descrição da conduta criminosa seja detalhada e específica, não sendo permitido tipos penais genéricos ou vagos que permitam abusos e interpretações equivocados. Segundo André Estefam e Victor Gonçalves (2019, p. 117), “o princípio da legalidade jamais cumprirá seu papel se a lei, ainda que anterior à conduta, puder ser editada de tal modo genérico ou vago, que não se possa delimitar, com segurança e concretude, quais comportamentos a ela se subsomem.”

Desse modo, é necessário que a lei penal seja taxativa, descrevendo claramente o ato criminoso. Entretanto, há exceções, visto que as cláusulas gerais não alcançam os crimes culposos. “[...] Por mais atento observador que possa ser o legislador, não terá condições de pormenorizar todas as condutas humanas ensejadoras da composição típica” (CAPEZ, 2018, p. 96).

Por fim, o princípio da anterioridade da lei penal estabelece que a lei já esteja em vigor na data em que o fato é praticado. Outrossim, um indivíduo só poderá ser punido, desde que ao cometer a conduta, esta esteja exaurida em um tipo penal que esteja em plena vigência antes do cometimento do crime.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci esclarece:

De nada adiantaria adotar o princípio da legalidade sem a correspondente anterioridade, pois criar uma lei, após o cometimento do fato, pretendendo aplicá-la a este, seria totalmente inútil para a segurança que a norma penal deve representar a todos os seus destinatários. O indivíduo somente está protegido contra os abusos do Estado caso possa ter certeza de que as leis penais são aplicáveis para o futuro, a partir de sua criação, não retroagindo para abranger condutas já realizadas (2019, p. 75).

A proibição da retroatividade não se restringe somente às penas, mas qualquer norma de natureza penal, atingindo, inclusive às normas de execução penal, as penas aplicadas, bem como as medidas de segurança.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo discorreu-se acerca da problemática do princípio da separação de poderes, que busca evitar que o poder concentre-se em uma mesma pessoa ou órgão, bem como busca manter a coesão social, utilizando-se diversos mecanismos, como o denominado sistema de freios e contrapesos.

Todavia, com os princípios abarcados pela Constituição de 1988, houve a

abertura para que as Cortes nacionais realizem interpretações construtivistas, tendo em vista a ineficácia dos outros poderes, em especial o legislativo. Nesse particular, ao suprir a ineficácia do Poder Legislativo, as decisões do Poder Judiciário deixam de se restringir à atividade interpretativa, para estabelecer novas condutas, criando direitos.

No segundo capítulo desenvolveu-se o tema do ativismo judicial que, como já mencionado anteriormente, por ativismo judicial entende-se o papel criativo dos tribunais, está associado a uma participação mais ampla do Poder Judiciário na concretização das normas, com maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes.

Principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, essa atuação ativista gera um enorme desequilíbrio entre os poderes, tendo em vista que ele acaba vinculando os demais as suas decisões, indo de encontro com os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal.

É imperioso destacar que o Supremo Tribunal Federal, que exerce o papel de guardião da Constituição, deve zelar pelas normas constitucionais, e assim, assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos.

No último capítulo analisou-se a decisão que ensejou na criminalização da homofobia, onde o Supremo Tribunal Federal, via analogia, criou um novo tipo penal, até que o Congresso edite uma norma autônoma. Ora, no presente caso, a conduta criminosa foi determinada por um órgão judicial, e não pelo legislador, violando diretamente o princípio da legalidade, princípio este que exerce papel central na conformação do Direito Penal.

Observo, por oportuno, que nem se deve entrar no mérito da questão da criminalização ou não da homofobia/transfobia, visto que é uma causa demasiadamente legítima e o Congresso Nacional, há muito tempo, deveria ter tratado da matéria. É preciso rechaçar toda e qualquer forma de ódio, intolerância e discriminação moralmente repudiável, sem, contudo, desrespeitar os direitos e garantias constitucionais que foram penosamente conquistados.

O que se trata no presente trabalho é a forma em que se deu o tratamento da matéria. O Supremo Tribunal Federal é conhecido como o Guardião da Constituição Federal, devendo-se, portanto, fazer jus a tal nomenclatura, restringindo-se a análise e aplicação das normas impostas pelo Poder Constituinte Originário. A omissão do Poder Legislativo, principalmente em matéria penal, não deve nunca ser sanada por

outro Poder, sob pena de incontestável usurpação das atribuições que lhes foram constitucionalmente conferidas.

Mormente, cabe à lei, votada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas que mais caracterizam a sociedade, não cabendo aos juízes e tribunais assumirem esta função, mas apenas aplicá-las no caso concreto, utilizando-as nos limites da hermenêutica.

Outrossim, trazer a questão da homofobia para a Lei de Racismo, via analogia, é um excesso nos limites legais, tendo em vista que, a Corte acabou aplicando analogia *in malam partem*, que se configura quando se adota uma lei prejudicial ao réu, sendo vedada no direito penal, pois lesa o princípio da legalidade.

Isto posto, a inclusão da discriminação por orientação sexual como motivo de discriminação ou preconceito, fere os princípios constitucionais, em especial o artigo 5º, inciso XXXIX, pois o STF arrogou para si a tarefa de ampliar o rol das condutas do crime de racismo, função esta que cabe privativamente ao Poder Legislativo.

A necessidade de ter-se uma lei anteriormente definindo um fato como criminoso (art. 5º, XXXIX, da CF) é uma garantia de todo indivíduo que, em hipótese alguma, deve ser mitigada pelo Poder Judiciário.

Sem sombra de dúvidas, a decisão tomada pelo Supremo, abre precedentes em matéria penal, atingindo a segurança jurídica e, ainda, possibilitando uma abertura interpretativa das normas penais, podendo nem sempre ser positiva.

Já em arremate, é importante frisar que vivenciamos uma época de reflexão de nossos direitos e garantias individuais como cidadãos e, não confrontar a criação de um tipo penal por decisão judicial, é uma submissão inconsciente à violação do ordenamento jurídico pátrio, criando um precedente perigoso para a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

BARIFOHOUSE, Rafael. STF aprova a criminalização da homofobia. In: **BBC**. São Paulo, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>. Acesso em: 15 maio 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-2. 01 jan. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRANCO, Alber Castelo. **A Teoria da Separação de Poderes na Atual Ordem Constitucional**: atribuições, relações e perspectivas. 2007. Monografia (especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional) – Universidade Estadual do Ceará em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza. Disponível em: [http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.constitucional-d.processual.constitucional/a.teoria.da.separacao.de.poderes.na.atual.ordem.constitucional.atribuicoes.relacoes.e.perspectivas\[2007\].pdf](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.constitucional-d.processual.constitucional/a.teoria.da.separacao.de.poderes.na.atual.ordem.constitucional.atribuicoes.relacoes.e.perspectivas[2007].pdf). Acesso em: 27 fev. 2020.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 7 dez. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. Notícias STF**. Quinta-feira, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26**, Número Único: 9996923-64.2013.1.00.0000, Requerente: Partido Popular Socialista, Intimado: Congresso Nacional; Intimado: Presidente Do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Ata de julgamento nº 22, de 13/06/2019. DJE nº 142, divulgado em 28/06/2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>. Acesso em: 14 maio 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Criminalização da Homofobia pelo STF: uma aberração jurídica. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, n. 24. 7 jun. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74447>. Acesso em: 15 maio 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio Luiz; PANSIERI, Flávio. **Perigo da criminalização judicial**

e quebra do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 25 maio 2020.

ESTEFAM, André; GONGALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. In: **Revista Direitos Culturais**. [S.l], v. 7, n. 12, p. 249-268. Jul. 2012. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/389/415>. Acesso em: 01 abr. 2020.

GOMES, Guilherme. A Criminalização da homofobia e o indevido expansionismo do Direito Penal. In: **Canal Ciências Criminais**, 23 de fev. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/criminalizacao-homofobia/>. Acesso em: 15 maio 2020.

GONÇALVES, Danielle. **O Princípio da Legalidade Penal**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2198/O-principio-da-legalidade-penal>. Acesso em: 15 maio 2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 1.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2008, 130 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077037.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2020.

MARIZ, Priscila Melo Rodrigues de. **Ativismo Judicial e Supremo Tribunal Federal**: uma análise da corte ativista. 2018. 44 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/31466>. Acesso em: 01 abr. 2020

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Apresentação: Renato Janine Ribeiro; tradução: Cristina Murachco.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

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

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Direito Constitucional**: da organização do Estado, dos poderes, e histórico das constituições. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

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

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

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Processo penal**: parte geral. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 14.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, que me deu saúde, força, coragem e sabedoria ao longo desta jornada. Que esteve ao meu lado em cada momento de dificuldade e fez com que eu chegasse onde estou.

De forma muito especial, agradeço à minha família, pois sem eles nada disso seria possível. Sou grata pelas orações, pelo apoio, paciência para comigo, por acreditarem na minha capacidade e por sempre se fazerem presentes na minha vida.

Em especial, agradeço aos meus pais, pois não mediram esforços para que esse sonho se tornasse realidade. Por esses e tantos outros motivos, sou grata a eles de todo meu coração.

Agradeço também ao meu orientador, Me. Taigoara Finardi Martins, por ter compartilhado comigo um pouco dos seus conhecimentos, pela paciência e dedicação me auxiliando neste trabalho. E ainda, além de orientador, foi um grande professor ao longo do curso.

Estendo os meus agradecimentos à professora Ana Cleusa Delben, por toda dedicação e disposição, não medindo esforços para sanar qualquer dúvida durante este período. Obrigada por terem me conduzido com tamanha dedicação.

Meus agradecimentos aos meus amigos e companheiros de sala, que estiveram ao meu lado durante todos esses anos. Levarei cada um de vocês em meu coração. Agradeço pelo companheirismo, pelas conversas, pelos apoios nos períodos de dificuldades e pelas inúmeras histórias vividas durante estes anos.

E por fim, a todos que contribuíram direta ou indiretamente para minha formação, o meu muito obrigada.