



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CAMPUS PROF. BARROS ARAÚJO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO



GUILHERME RAFAEL DOS SANTOS BARROS

**O ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE DA ORIGEM,
CONCEITO E DECISÕES DO STF**

PICOS-PI

2025

GUILHERME RAFAEL DOS SANTOS BARROS

**O ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE DA ORIGEM,
CONCEITO E DECISÕES DO STF**

Monografia apresentada ao curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Piauí – UESPI, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dr. João Pedro Pacheco Chaves

PICOS - PI

2025

B277a Barros, Guilherme Rafael Dos Santos.

O ativismo judicial no direito penal: uma análise da origem,
conceito e decisões do STF / Guilherme Rafael Dos Santos Barros.
- 2025.

41f.: il.

Monografia (graduação) - Universidade Estadual do Piauí -
UESPI, Campus Prof. Barros Araújo, Bacharelado em Direito, 2025.
"Orientador: Prof. Dr. João Pedro Pacheco Chaves".

1. Ativismo. 2. Direito penal. 3. Judicialização. 4. Supremo
Tribunal Federal. I. Chaves, João Pedro Pacheco . II. Título.

CDD 341.53

GUILHERME RAFAEL DOS SANTOS BARROS

**O ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE DA ORIGEM,
CONCEITO E DECISÕES DO STF**

Monografia apresentada ao curso de Bacharelado
em Direito da Universidade Estadual do Piauí –
UESPI, como requisito à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovado em: _____, de _____ de 2025.

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. João Pedro Pacheco Chaves
Orientador

Prof. Me. Alekssandro Souza Libério
Banca

Prof.^a Dr.^a Amélia Coelho Rodrigues Maciel
Banca

Dedico este projeto aos arquitetos do meu crescimento, meus pais, cuja dedicação incansável se reflete na árdua missão de guiar meus passos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter sido alicerce nesta minha longa jornada, base fundamental e guia, além de eterno companheiro, desde que nasci até hoje e para todo o sempre.

À minha família maravilhosa- meu pai, minha mãe, minha irmã, minha avó, e meu avô, que não está mais aqui-, agradecendo por toda a compreensão deles, tanto durante a elaboração deste trabalho quanto ao longo de todos esses períodos de curso. Minha jornada só é possível devido a vocês, bem como esse trabalho.

Gostaria, também, de expressar minha eterna gratidão à minha amada Vitória; o meu amor por ela é combustível para que eu possa seguir em frente. Sendo a responsável por me dar a coragem e confiança que preciso, seja neste trabalho acadêmico, seja na vida, ontem, hoje e amanhã e para todo o sempre, o primeiro e único amor da minha vida.

Aos meus colegas, tanto aqueles que já vêm do ensino fundamental (Adailton, Riquelme, Marcelo, Emmanuely, Matheus, dentre outros) quanto os que, graças a UESPI, conquistei –em especial agradeço a Hércules , Fábio, Antônio Vinicius, Nicolás e Nonato.

Aos professores, a quem devo imensamente, pelos conhecimentos que compartilharam, mas também, por serem exemplos cintilantes do que é possível ser graças ao estudo; minha gratidão por serem esses exemplos.

E ao meu professor e orientador, por ter dado todo o suporte que precisei para a criação deste trabalho, sendo de extrema valia e figura primordial para a existência disso.

E que este trabalho seja um monumento a todos aqueles que me ajudaram, me acompanharam e que continuam a me acompanhar nesta jornada, este foi apenas um degrau de muitos.

“Bendita seja a crise que te faz crescer, a queda que te faz olhar o céu, o problema que te faz buscar Deus”. (São Pio de Pietrelcina, o Santo Padre Pio)

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF/88 - Constituição Federal de 1988

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

MI - Mandado de Injunção

STF - Supremo Tribunal Federal

RESUMO

Este trabalho pretende analisar os impactos do ativismo judicial no direito penal brasileiro, tendo como foco algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. Para tal, faz-se necessária uma análise de uma das bases constitucionais, a separação dos poderes, bem como do ativismo judicial, da judicialização da política, e as diferenças entre os dois. Ao final, pretende-se, como objetivo, entender o ativismo em esfera penal, tanto seus pontos positivos, quanto seus pontos negativos, tendo como base decisões de cunho ativista. Quanto à metodologia, a pesquisa compreende a análise de estudos bibliográficos, desenvolvida com base em livros, artigos, monografias e análise de leis. Esse trabalho tem por fim trazer uma reflexão sobre os limites do ativismo, bem como, possíveis benesses, através de uma análise justa.

Palavras-chave: Ativismo. Direito penal. Judicialização. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This work aims to analyse the impacts of judicial activism on Brazilian criminal law, focusing on selected decisions of the Federal Supreme Court. To achieve this, it is necessary to examine one of the constitutional foundations, the separation of powers, as well as to explore the concepts of judicial activism, judicialization of politics, and the differences between the two. Ultimately, the objective is to understand judicial activism within the criminal sphere, considering both its positive and negative aspects, based on activist-oriented decisions. Regarding methodology, the research involves the analysis of bibliographic studies, developed using books, articles, monographs, and legal analyses. The purpose of this work is to promote reflection on the limits of judicial activism, as well as its potential benefits, through a balanced analysis.

Keywords: Activism. Criminal law. Judicialization. Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. SEPARAÇÃO DOS PODERES, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO	13
2.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES: O QUE É E COMO SE CONSTITUIU	13
2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CONCEITO E ANÁLISE	14
2.3 DELIMITANDO A ORIGEM E O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL	15
3. ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL	20
3.1 ANÁLISE DE CASOS	20
3.1.1 ANÁLISE DA ADPF 54	20
3.1.2 ANÁLISE DA ADO 26 E DO MI COLETIVO 4733.....	22
3.1.3 ANÁLISE DO HABEAS-CORPUS 154.246	26
4. ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS	29
4.1 OS RISCOS DO ATIVISMO JUDICIAL	29
4.2 EM DEFESA DO ATIVISMO JUDICIAL	32
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	34
REFERÊNCIAS	37

1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é um tópico frequente nas discussões sobre o Judiciário e sua relação com os demais poderes, segundo Barroso (2020), é a participação mais ampla e intensa do Judiciário com o fim de fazer valer os valores e fins constitucionais, podendo, para isso, interferir no Executivo e no Legislativo. Todavia é matéria bastante polêmica, pois daria poder excessivo a um poder único e acabaria por banalizar a funcionalidade dos demais poderes.

Nessa toada, essa prática vem se expandindo e aparecendo não só em matérias meramente constitucionais, todavia, também, em outras fora dessa esfera, como por exemplo, o direito penal, na medida que o judiciário intervém, não para a criação de crimes, mas para a equiparação de condutas a crimes, descriminalização de outras condutas a luz de princípios constitucionais e etc...

O direito penal, ao contrário de outros ramos legais, tem como uma de suas características mais básicas a vedação ao uso de analogia *in malam partem*, com o intuito reservar ao legislador o poder de criar crimes e impedir o surgimento de sanções penais oriundas de analogias.

Todavia, atualmente, no Brasil é notório que o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando de maneira a ultrapassar esse limite do princípio da legalidade, formulando sanções para atos específicos. Exemplo disso é a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional) 635/DF, esse instrumento (ADPF) sendo, segundo a Lei n. 9.882/99, meio pelo qual se procura evitar ou reparar lesão contra preceito fundamental, sendo interposto perante o STF.

Porém, dando oportunidade ao tribunal para, como na anteriormente citada ADPF 635/DF, estipular uma proibição não prevista em lei, a da não prática de operações policiais nas favelas durante a pandemia. Independentemente da utilidade dessa decisão, questiona-se se houve um excesso de poder ou uso indevido de analogia, como no caso da equiparação do enquadramento do crime de homofobia e transfobia na Lei de Racismo, entre outros.

É notória a polêmica do assunto visto que existem prerrogativas e entendimentos doutrinários favoráveis ao uso do ativismo como instrumentos de defesa de interesses e direitos de indivíduos cujo o legislador não conseguiu alcançar. Todavia, isso não impede críticas a essa prática, uma vez que é necessário ponderar qual seria o limite desse poder, distinguindo a omissão de quando o

legislador justificadamente não se posicionou. Também, se fazendo necessário avaliar os pontos de defesa ao ativismo.

Nesse sentido, é necessário entender como funciona a tripartição dos poderes e suas funções básicas para poder, apropriadamente, entender quando um poder extrapola suas demarcações e absorve competências alheias – nesse caso, quais são as funções do Judiciário, quais seus poderes, limites e competências e qual a é a competência do Legislativo.

Além disso, é necessário avaliar a atuação do Judiciário, através da análise de decisões do Supremo Tribunal Federal, observando, tanto seus pontos positivos, bem como os negativos, e vendo entendimentos relacionados à tais casos. Busca-se responder a seguinte questão: o que é ativismo judicial e como ele afeta a separação dos poderes e o direito penal ?

Para tal, o objetivo geral é analisar a ocorrência de ativismo judicial no âmbito penal, o conflito legalidade X ativismo e os impactos desse ativismo para o direito, sociedade e separação dos poderes, e de maneira específica, delimitar o que é ativismo e sua ocorrência no direito, em especial, no direito penal, bem como, analisar decisões do STF e tentar a ocorrência de casos de ativismo judicial na área penal, por último, compreender o debate doutrinário relacionado ao ativismo em matéria penal.

A construção do presente trabalho foi elaborada através da pesquisa bibliográfica, por meio de artigos acadêmicos, livros de estudiosos da área, bem como monografias.

Também, se fez presente no delineamento do projeto a pesquisa documental, na medida em que foram investigados atos normativos, jurisprudências, resoluções e dentre outros dispositivos jurídicos legislativos que guardem conexão com a temática abordada.

Serviu como fonte para a coleta de dados artigos científicos, dissertações e monografias retirados do Google Acadêmico.

A abordagem da pesquisa se deu de forma qualitativa, examinando casos que envolvem a temática.

O método utilizado no andamento da pesquisa foi o dedutivo, pois foram analisados casos, decisões e entendimentos envolvendo o ativismo, onde foi

possível averiguar os impacto desse comportamento no cenário brasileiro. Ademais a pesquisa tem finalidade de caráter básico ou puro, uma vez que promove discussão de assuntos relevantes para a construção de conhecimentos novos, gerando assim, novos conhecimentos.

2. SEPARAÇÃO DOS PODERES, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO

Agora abordaremos a questão da separação dos poderes, suas atribuições, a questão da judicialização, e por último o ativismo em si, o diferenciando do último, bem como, suas origens.

2.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES: O QUE É E COMO SE CONSTITUIU

A separação dos poderes é, para Especiato e Especiato (2023), um princípio basilar dos Estados democráticos contemporâneos. Esta está consagrada na Constituição de 1988, em seu art. 2º, onde estabelece a separação entre Judiciário, Legislativo e Executivo, e sua independência e harmonia entre si.

Ademais, no texto constitucional brasileiro, são divididas as atribuições e competências de cada poder. Por exemplo, como elencam Especiato e Especiato (2023), o Executivo tem a função administrativa, sendo responsável pelos serviços públicos, transformando em atos o que foi previsto em lei e realizando políticas. O Judiciário, por sua vez, é responsável por garantir direitos, resolver conflitos e fazer valer os princípios e fundamentos previstos pela Constituição e pelas demais leis que fazem parte do ordenamento jurídico. Já o Legislativo é aquele responsável por votar as propostas de leis; em casos de medidas provisórias, é quem decide se as mantém ou não, e, no que tange à seara penal, somente cabe ao Congresso, Câmara dos Deputados e Senado Federal, legislar sobre matéria penal

Nessa toada, Flávio Martins (2019) destaca que nenhuma emenda constitucional, pode retirar a independência de qualquer um dos poderes, tampouco diminuí-la, subordinando um poder ao outro. Sendo assim, uma emenda constitucional que gere desarmonia entre os mesmos, desrespeita ao preceito constitucional do art. 2º da Carta Magna.

Sobre a separação dos poderes na Constituição de 1988, Isfer (2021, p. 238) discorre o seguinte:

A Constituição da Federal de 1988, mantendo a tradição consolidada por suas predecessoras republicanas, buscou evitar que o Executivo e o Judiciário possuam poderes para interferir na liberdade ou na propriedade das pessoas sem o seu consentimento prévio, ainda que por meio de seus representantes eleitos. A edição de normas

primárias – sejam elas de direito civil, penal ou mesmo administrativo – cabe, geralmente, ao Poder Legislativo, enquanto os atos administrativos e as decisões judiciais devem se limitar à aplicação da lei, salvo em caso de inconstitucionalidade.

No que tange à separação dos poderes e a atuação do Judiciário, Adeodato (2009, p. 155-156) explica:

De acordo com esse princípio da separação ou inibição recíproca de poderes, cabe ao judiciário aplicar contenciosamente a lei, servindo como elo de ligação entre a norma geral posta pelo legislativo ou executivo e o caso individualizado e único que lhe é levado no conflito concreto. Nesse mister, que só deve exercer quando provocado, espera-se do judiciário uma neutralidade ética e um domínio técnico diante do direito, ou seja, da lei. A Constituição Francesa de 1791, por exemplo, proibia o legislativo de julgar e impedia os tribunais de interferir no poder legislativo, expressamente vedando suspender a execução de leis.

Sendo assim, é evidente a importância desse princípio para a estrutura e funcionalidade do modelo democrático atual, sendo pilar de sustentação da estrutura política, pois atribui a cada poder uma função específica, um propósito. Desse modo, é evidente a necessidade de preservar tal princípio, pois ele é quem garante a estabilidade do modelo democrático atual. A quebra dele geraria insegurança, não só jurídica, mas em relação a toda a estrutura governamental.

2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CONCEITO E ANÁLISE

A judicialização da política refere-se ao fenômeno no qual questões políticas, econômicas e sociais passam a ser resolvidas, em parte ou totalmente, pelo Poder Judiciário.

Sobre o conceito de Judicialização, Streck (2009, p.15) explica:

Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos

Ademais, Barroso (2009) discorre que o ativismo judicial e a judicialização da política teriam uma relação de primos, ou seja, ambos compartilham da mesma família, contudo não têm sua origem de um mesmo fato, uma vez que o segundo nasce do modelo constitucional adotado no Brasil, já o primeiro não decorre, necessariamente, disso.

Acrescentando, José dos Santos Carvalho Filho (2010) discorre que a origem do termo judicialização da política remonta às obras de Tate e Vallinder, estas que abordavam tal conceito, além de trazer quais condições institucionais o tornavam propício para a expansão do Poder Judiciário no processo decisório em Estados democráticos de Direito.

No contexto brasileiro, é possível identificar a judicialização através dos instrumentos supracitados, a ADI, ADC e ADPF, por exemplo, sendo formas de institucionalizar a preservação dos preceitos fundamentais. Dessa maneira, a judicialização no Brasil está diretamente ligada à estrutura constitucional, essa voltada à proteção e promoção dos direitos previstos, como foi definido pela Constituição de 1988.

Sendo assim, a judicialização se demonstra como um fenômeno natural, oriundo de uma expansão do Judiciário, contudo não implica em uma extrapolação sem controle desse poder, pois se faz através do texto constitucional, sendo, totalmente legal.

2.3 DELIMITANDO A ORIGEM E O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é fenômeno que transcende a mera aplicação da lei, caracterizando-se pela criação ou reinterpretação normativa pelo Poder Judiciário, muitas vezes em resposta a lacunas legislativas ou demandas sociais (BARROSO, 2020). Sua origem remonta ao contexto do pós-Segunda Guerra Mundial, nos Estados Unidos da América, e foi usada, em 1947, por Arthur Schlesinger, para descrever as decisões da Suprema Corte que moldaram políticas públicas, interpretando a Constituição para garantir direitos não previstos explicitamente.

Voltando ainda mais no passado, nos Estados Unidos teve como marco inicial, como explica Nunes (2022), em 1803, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos iniciou com o sistema de revisão judicial (*judicial review*) que permitia que o Judiciário declarasse como não aplicáveis leis conflitantes com o texto

constitucional. Isso foi oriundo do caso *Marbury v. Madison*, onde a Suprema Corte julgou inconstitucional uma lei por ampliar a competência originária da Corte além do previsto na Constituição norte-americana.

Já nos anos 2000, meia década depois do uso, pela primeira vez, do termo “ativismo judicial”, ocorreu o caso *Bush v. Gore*, onde uma lei da Flórida que previa a remontagem de votos foi declarada inconstitucional, permitindo assim que Bush fosse eleito.

No Brasil, o ativismo ganhou força após a Constituição de 1988, ao inaugurar uma ordem jurídica voltada para a promoção de direitos fundamentais, estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos pilares da República, e fortalecendo o controle de constitucionalidade, ampliando o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) como guardião da Carta Magna.

A previsão de instrumentos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) permitiu ao Tribunal intervir em conflitos de alta relevância política e social. Um caso emblemático foi a ADPF 742, esse que equiparou a homofobia ao crime de racismo, suprimindo a omissão do Legislativo. Contudo, críticos apontam que essa postura gera uma “juristocracia”, na qual juízes substituem a vontade democrática, violando a separação dos poderes.

O ativismo, por sua vez, não se confunde com a judicialização, pois o primeiro ocorre quando o tribunal não mais apenas decide sobre os casos que lhe são submetidos, mas, também adotar uma postura interpretativa e expansiva, e cria normas através de princípios constitucionais.

Indo para definições de autores, Lustoza entende que o ativismo pode ser definido como:

[...] a função jurisdicional exercida além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, o que gerará, neste aspecto, uma carga valorativa negativa. Em outras palavras, seria a substituição da decisão legislativa ou administrativa pela decisão judicial, transformando os juízes em protagonistas do jogo democrático.

Já para Streck (2013), o ativismo tem por característica uma atuação criativa do magistrado, ultrapassando o papel de mero aplicador das leis e começa a inovar na ordem jurídica, sob o argumento de estar concretizando preceitos constitucionais fundamentais. Sendo um fenômeno que ocorre, especialmente, em sociedades que

têm Constituições principiológicas e extensas, onde juízes têm grande espaço para interpretações valorativas e constitutivas.

Para Especiato e Especiato (2023), ao analisar o ativismo e a judicialização da política, fica evidente a correlação entre os dois temas, muitas das vezes, com o ativismo tendo como origem uma questão que foi deixada de lado no debate legislativo, sendo assim, existe uma relação de causa, criada pela judicialização, e de efeito, sendo esse o ativismo. E diante dos inúmeros questionamentos à justiça por inércia do Legislativo, fazem o Judiciário ter uma postura proativa.

É possível haver judicialização sem ativismo. Essa hipótese ocorre quando o Judiciário é chamado para decidir questões políticas, mas atua com deferência aos outros poderes, respeitando o espaço de discricionariedade do Executivo e do Legislativo.

Um exemplo seria a atuação em casos de controle abstrato de constitucionalidade, em que o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de uma lei sem, contudo, invadir o mérito da escolha política do legislador. Nessa hipótese, o Judiciário atua como o guardião da Constituição, porém, sem substituir a vontade popular e, tampouco, criando leis novas.

Nessa toada, Especiato e Especiato (2023) elaboram que um dos fenômenos que levam ao ativismo é a judicialização da política, ou seja, a proatividade do Judiciário em resolver questões não tratadas ou ignoradas pelo parlamento, a primeira sendo uma consequência da segunda.

Primeiramente, é necessário entender um aspecto bem evidente do ativismo judicial: esse que é seu amplo conceito. E sobre isso temos o entendimento de Ramos (2015) que elabora que essa dificuldade de se ter um conceito único e contido de ativismo é oriunda do fato de, embora estar presente em inúmeros sistemas constitucionais, tal prática não se conectar com sistema nenhum.

Para Ramos (2015, p. 234), ativismo judicial tem a seguinte definição:

[...] 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). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão

insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Para Granja (2014), o ativismo judicial, que tem inúmeros conceitos pela doutrina, é, contudo, uma postura, ou seja, é uma escolha tomada pelo magistrado, tal ato com o intuito de, através de uma hermenêutica expansiva, concretizar o verdadeiro valor da norma constitucional, garantindo o direito das partes de forma rápida, atendendo às soluções dos litígios e às necessidades que vêm da morosidade ou omissão legislativa e executiva.

Para Barroso (2020), essa situação está atrelada a uma necessidade de se realizar uma reforma da estrutura política. Enquanto não houver essa, necessária, reforma na política, o judiciário continuará com dois papéis: um contramajoritário e o outro, representativo. O primeiro, responsável por impor limites às majorias e, o segundo, responsável por atender as demandas da população, frutos da omissão das instituições responsáveis, o que acaba por incluir minorias.

Já para Campos (2014), o ativismo trata-se do uso de poderes político-normativos por juízes e cortes diante dos demais componentes da esfera política, sendo necessária uma análise com enfoque em três critérios básicos: a estrutura institucional segundo os ordenamentos de cada local; fatores políticos, sociais, jurídicos e institucionais; e a variedade de dimensões contidas em uma decisão ou ato com característica decisória.

De acordo com Keenan Kmiec (2004), o “ativismo judicial”, como termo, pode ter cinco definições diferentes; o ativismo judicial como atitude do Judiciário de contestar atos ou leis dos outros poderes, mesmo que, para os mesmos, sejam legais; o ativismo judicial como forma de não aplicação de precedentes, dando mais flexibilidade ao Judiciário; o ativismo judicial como forma de permitir aos juízes legislar, tomando para si, funções de outros; o ativismo judicial como uma nova forma de interpretação legislativa, fugindo dos métodos tradicionais; e o ativismo judicial como modelo de tomadas de decisões com objetivos específicos, não necessariamente seguindo as leis, mas buscando um final desejado pelo julgador.

Para Flávio Martins (2019) não se deve confundir o maior protagonismo do Judiciário com ativismo judicial, pois o primeiro é consequência do Neoconstitucionalismo, movimento de expansão da jurisdição constitucional e hermenêutica, não se podendo falar de interferência nos demais poderes. Já o

segundo é quando existe uma extrapolação, uma ação desmesurada, ato que quebra os limites da tripartição e harmonia.

Ainda nessa toada, Flávio Martins (2019) continua elaborando sobre ativismo, tratando de uma de suas consequências, o denominado “efeito backlash”, um fenômeno que ocorre quando, diante de decisões polêmicas, surge uma revolta, descontentamento ou rejeição às mesmas. Por exemplo, pode-se citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983, onde o STF declarou inconstitucional uma lei do estado do Ceará, essa que regulava vaguejadas. Todavia, a comoção e revolta foram tão acentuadas que fez com que fosse criada e aprovada a Emenda Constitucional 96/2017, essa que permitia, ou melhor, não tratava como cruéis, práticas desportivas com animais, desde que as mesmas sejam manifestações culturais.

Para Saboia e Santiago (2018), o ativismo judicial é uma prática a ser repensada, pois permite que o magistrado tenha um excesso de liberdade na tomada de decisão, fato que desemboca em inúmeras decisões diferentes de casos semelhantes, pois cada juiz interpretou mais do que aplicou a lei, tendo como consequência insegurança jurídica. Além disso, existe a questão dos juízes serem ilegítimos para criar leis ou modificar direitos.

Diante de tudo o que foi apresentado, é evidente a nocividade de um ativismo judicial desmedido, uma vez que tira a competência de um poder, e a dá para outro. Contudo, é necessário avaliar se é mesmo uma situação de ativismo ou de judicialização. Também, não se pode descartar avaliar se o ativismo foi, realmente, nocivo.

3. ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL

Nesse capítulo, abordaremos decisões judiciais, em específico, do STF, as quais podem ser consideradas como “decisões ativistas”, contudo, tentaremos entender os dois lados da discussão e, argumentaremos se, realmente, há ativismo nelas.

3.1 ANÁLISE DE CASOS

Os casos que serão analisados são: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54; a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, em conjunto com o Mandado de Injunção Coletivo 4.733; e o *Habeas-corpus* 154.248/DF. Primeiramente, será narrado como cada caso surgiu e o que aconteceu para chegar a tal decisão e, em seguida, será analisado se o posicionamento foi ativista ou não. Também serão apresentados entendimentos críticos ou defensivos dessa postura.

3.1.1 ANÁLISE DA ADPF 54

Esse caso teve início em 2004, em uma ação formalizada pela Confederação Nacional Dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), com o objetivo de desconsiderar o aborto de feto anencéfalo como um crime. O julgamento só veio a acontecer oito anos depois.

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF 54, onde considerou inconstitucional a interpretação que enquadrava a prática do aborto de feto anencéfalo nos casos previstos nos artigos 124, 126 e 128, inc. I e II, do Código Penal, os quais se tratam do crime de aborto. Basicamente, quem fizesse aborto nesses moldes não estaria cometendo um crime.

No acórdão da decisão, o relator, Min. Marco Aurélio Mello (2012), traz como fundamentação a opinião técnica de especialistas sobre o assunto, nessas opiniões, é evidenciada a natureza letal da anencefalia, pois implica a inexistência ou má formação grave do cérebro, podendo ser considerado como um natimorto neurológico. Concluindo, o relator, que o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa, não é uma vida em potencial, mas sim uma morte segura.

Ademais, o Min. Marco Aurélio Mello (2012), faz questão de contrariar um caso em que uma criança com anencefalia teria sobrevivido por um ano, demonstrando que se tratava de um caso diferente, no qual se tinha ainda partes importantes do cérebro. Elaborou, ainda, o ministro, sobre o caráter não absoluto do direito à vida, trazendo a previsão válida de exclusão de ilicitude em casos de feto oriundo de estupro, hipótese em que o direito a vida é relativizado.

Seguindo, na decisão o relator ainda alegou que ao obrigar a continuidade de uma gravidez de um feto anencéfalo, estaria o Estado imputando sofrimento a gestante, diante de inúmeros problemas decorrentes de uma gestação desse tipo, tudo isso, para dar a luz a uma criança já morta. Sendo assim, o relator vota por acatar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, considerando a interrupção da gravidez por anencefalia não como um aborto, mas como uma solução terapêutica, visto que o feto sequer está com vida.

O voto do relator foi seguido pelos Ministros Peluzo, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia. Contudo, em sentido oposto, o Ministro Ricardo Lewandowski vota pela improcedência do pedido, alegando que a Corte, ao dar razão à arguição, estaria criando uma nova hipótese de exclusão de ilicitude, ato de competência do Congresso Nacional. Em seguida, o Ministro Ayres Britto vota pela procedência, o que fizeram, também, o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Celso de Mello

Todavia, seguindo um perfil crítico, é importante ressaltar que, conforme o princípio constitucional da Legalidade, célebre Inciso II do Art. 5º, onde está previsto que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão por virtude de lei, a Suprema Corte não poderia interferir em uma matéria consolidada em Lei. Não é um cenário onde existia dúvida. A lei é clara, e já traz suas exceções à regra, quando não a outro meio de salvar a vida da gestante ou gravidezes oriundas de estupro, lembrando que a discussão não é se o aborto está certo ou não, mas sim analisar o ato da Corte.

Basicamente, se formos por um lado crítico, nesse caso, competiria ao Legislativo mudar a lei, pois somente através dela poderia se dar a exclusão de punibilidade e, nesse caso, o Congresso Nacional não editou lei a respeito da matéria. Como não se trata de uma inconstitucionalidade clara, ambos os lados da discussão podem trazer pontos favoráveis e contrários baseados em princípios. Acaba que o STF não deveria sair de sua seara, mesmo que provocado por outra força a agir; não lhe competiria a praticamente criar um direito, ele poderia se limitar

a seguir a lei escrita, consolidada pelo Legislativo, mas preferiu ser mais garantista, e assegurar um direito em seu escopo do que seguir os limites de sua competência.

Contudo, vejamos um posicionamento favorável a decisão, porém, que não deixa de ser crítico:

Nesse julgamento, o Tribunal correu o risco de legislar positivamente, em sede penal, na medida em que criou uma nova hipótese de descriminalização de aborto. Mas a justificativa normativa da Corte foi adequada, conquanto desnecessária. É que a rigor a extração do feto anencefálico do útero da mãe não é abortamento, pelo simples fato de que o feto, por ser anencefálico, não está vivo. O abortamento pressupõe a vida intrauterina. Se vivo não estava, não há que se falar em aborto. O aborto provoca a morte do feto. Mas se o feto já estiver sem vida, não há que se falar em abortamento (Alves Jr. p. 188).

Dessa maneira, é notável que o argumento de defesa da prática do “aborto” de feto anencéfalo é válido, pois não se trata de uma vida, cientificamente falando. Porém, é um assunto que desagua em questões religiosas que não vêm ao caso. O cerne da questão é se o tribunal extrapolou ou não os limites de sua competência. De certa forma, sim, pois criou uma hipótese onde um “aborto” não é crime, por mais que, teoricamente, não seja um; praticamente é muito semelhante, situação que exigiria a intervenção do legislador para resolver a questão.

Entretanto, não se pode desconsiderar o sofrimento e os riscos que uma gravidez desse tipo impõe às mulheres, sendo injusto forçar tais riscos por uma gravidez infrutífera, visto que o feto “nascerá” sem vida.

Chega-se à conclusão que foi uma decisão acertada do STF, uma vez que fez valer o direito da mulher de não se sujeitar a um risco desnecessário. Contudo, visto que a solução terapêutica para a remoção de feto anencéfalo não é algo de simples distinção do aborto, seria necessária uma separação dos dois conceitos pelo Legislativo, pois seria a melhor forma de diferenciá-los.

3.1.2 ANÁLISE DA ADO 26 E DO MI COLETIVO 4733

Outro caso de atuação do Judiciário na legislação penal foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e o Mandado de Injunção Coletivo 4733, onde o STF criminalizou a homofobia e a transfobia, fazendo com que, nesses casos, se utilizasse a Lei 7.716/89, que tipifica o racismo, como base.

Ressaltando que ambas as ações foram julgadas conjuntamente, neste trabalho. Então, tudo abordado nesta parte se aplica aos dois, salvo a relatoria, que

teve um ministro diferente para cada um: Ministro Celso de Mello na ADO 26 e Edson Fachin no MI Coletivo 4733.

Essa ação foi proposta pelo Partido Popular Socialista, com o objetivo de efetivamente criminalizar a homofobia e a transfobia, tendo por objetivo declarar inconstitucional a falta de lei que pune ações discriminatórias contra essas minorias. Bem como do enquadramento dessas condutas na Lei 7.716/89, partindo do pressuposto de que o conceito de racismo, em seu cerne, abrange tais condutas, devendo tal lei ser aplicada pelo menos até o Congresso Nacional estabelecer uma lei específica.

No julgamento do acórdão, o relator da ADO, Celso de Mello (2020, p. 154-155), discorre, em seu voto, para resumir seus entendimentos ao longo da decisão, o seguinte:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, 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.

Decidindo por dar procedência parcial ao pedido, considerando improcedente apenas o pedido de reparação monetária pela omissão legislativa, pois, devido a isso, essa comunidade teria sido vítima do desleixo estatal. Contudo, tal pretensão era indevida. Sendo assim, ficou decidido, através de decisão com eficácia geral e efeito vinculante, que o Congresso Nacional estava em mora inconstitucional em relação a leis de proteção a esse grupo minoritário. Sendo assim, até que uma lei específica seja editada, que os crimes contra esse grupo sejam julgados conforme a Lei 7.716/89, “lei do racismo”, uma vez que a Corte entende que a homofobia e a transfobia se enquadrariam no conceito de racismo, não constituindo analogia *in malam partem*.

Esse foi o entendimento da maioria da Corte, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Os dois primeiros entendiam que não era apropriado o uso da Lei 7.716, e o último sequer considerou válido o pedido de declarar a mora inconstitucional do Congresso Nacional.

De um ponto de vista mais crítico, Moreira (2024, p. 10) explica:

É de se pontuar que a CF, em seu artigo 5º, XXXIX, estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trata-se de direito humano, cláusula pétrea, garantia fundamental e instrumento de proteção do indivíduo frente a atuação do Estado. Embora se verifique que a decisão proferida para criminalizar a homofobia e transfobia fundamente-se na “injustificável inércia do poder público”, não existe mandado constitucional de criminalização para tais condutas. A interpretação dos incisos XLI e XLII não aponta para tal caminho, o que, por certo, não permitiria que o STF legislasse. Ademais, nos termos da própria Carta Magna e legislação correlata, apenas lei pode ser origem formal de crime. Esmo ainda pontua que a necessidade e agilidade dos legisladores. Valendo ressaltar que foi uma importante decisão, deu mais proteção e assegurou direito a essas minorias, contudo, isso não significa que não se pode averiguar a presença de ativismo.

Ademais Zaffaroni; Batista; Alagia; Slokar (2003, p. 212) discorrem:

O respeito histórico ao âmbito real do proibido se impõe na legalidade porque, ao contrário, a simples omissão das agências políticas ampliaria fantasticamente as proibições: o punitivo é um âmbito que as agências políticas só podem planificar e aumentar mediante lei, e a omissão daquelas diante de mudanças significativas no contexto

cultural ou tecnológico não pode ser interpretada como renúncia à sua função, como uma espécie de delegação aos juízes para fins de “atualização” legal constitucionalmente inadmissível. A criminalização primária se estabelece por ação – jamais por omissão – das agências políticas.

Ou seja, as omissões por si só não servem de passe para que o Judiciário legisle, mesmo que com um pretexto de atualização ou de cumprimento de preceitos fundamentais.

Além da própria restrição de só haver crime com lei que a defina, nesse caso, existe outro ponto a ser observado: o princípio da proibição à *analogia in malam partem*, como bem explica Verdan (2009), tal princípio pode ser denominado, também, princípio da lei em sentido estrito, sendo oriunda do princípio da legalidade, e tem como objetivo proibir que se utilize de uma lei como parâmetro para outra, isso com o intuito punitivo. A hipótese de analogia benéfica é válida.

Contudo, olhando não mais pelos olhos críticos ao ativismo, e tomando o lugar dessas minorias, é inegável que a mera notificação ao Legislativo não seria suficiente para solucionar a questão. Nesse sentido, Santiago e Sobrinho (2022, p. 118) lembram:

Cumpra observar que o mero apelo ao legislador tem se revelado solução ineficaz ao longo da vigente ordem constitucional, em razão da indiferença ou recalcitrância do Poder Legislativo, o qual, diante de inúmeras decisões anteriores do STF, persistiu em estado de mora quanto à prestação legislativa que lhe incumbia promover. Diante disso, o STF, ao longo dos últimos trinta anos, evoluiu no plano jurisprudencial em busca da construção de soluções que pudessem fazer cessar esse estado de inconstitucional omissão normativa. A propósito, a Corte tem reconhecido, em sucessivos precedentes, que o retardamento abusivo na regulamentação legislativa do texto constitucional, não obstante a existência de projetos de lei em tramitação, qualifica-se como requisito autorizador da concessão da ordem injuncional.

Ademais, no que tange à analogia *in malam partem*, Santiago e Sobrinho (2022) discorrem que o STF apenas confirmou um precedente antigo que permitia a expansão da lei de discriminação racial, até que seja editada lei específica pelo Poder Legislativo, não lesando o texto constitucional. Isso porque não se estaria fazendo uma analogia, apenas uma interpretação extensiva, incluindo outros atos de discriminação que não sejam apenas raciais.

Diante desse julgamento, Araújo (2019) conclui que, enquanto o Poder Legislativo se omitiu do seu dever por muito tempo, o Judiciário arcou com sua

responsabilidade de zelar pelos princípios constitucionais, em especial da liberdade e da dignidade, pacto firmado no texto da Constituição Federal de 1988, buscando, acima de tudo, a dignidade de todos os seres humanos.

Bem, é indiscutível o quão importante foi tal decisão do STF para assegurar a punição contra aqueles que praticam homofobia e transfobia, e é válido ampliar o sentido da Lei 7.716, Lei do racismo, no que tange o que é racismo, pois o mesmo é um conceito que pode ser amplo, englobando até mesmo, por que não, gênero ou sexualidade.

Na contramão disso, é necessário entender o que o legislador buscava ao confeccionar tal lei, se pretendia abranger tudo isso. Porém, tal argumento se mostra frágil, uma vez que estão presentes inúmeros precedentes em que o Judiciário mudou o sentido do que a lei buscava, visto que se deve considerar a evolução do pensamento, dos hábitos, dentre outras coisas.

3.1.3 ANÁLISE DO *HABEAS-CORPUS* 154.248

Trata-se de um *habeas-corpus* contra acórdão proferido pelo STJ que negou provimento ao AgRg no AResp 734.236/DF.

No caso em questão, a ré foi condenada por injúria racial, ou seja, uma ofensa à honra baseada em raça, pelo Juízo da Primeira Vara Criminal de Brasília/DF. Contudo, a defesa trouxe como argumento o fato de já terem passado 4 anos desde a condenação, sem ter havido o trânsito em julgado, o que configuraria prescrição, ou seja, o Estado não poderia mais utilizar de sua pretensão punitiva, uma vez que se entende que, devido à mora, abriu mão de punir.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça entendeu o crime de injúria como imprescritível, ou seja, incapaz de prescrever, logo manteve a punibilidade da ré. Sendo assim, através do *Habeas-corpus*, trouxe a questão para a Suprema Corte, sendo o Min. Edson Fachin o relator do caso no STF.

Adentrando na decisão, o relator, Min. Edson Fachin, votou por denegar a ordem de *habeas-corpus*, pois, no seu entendimento, a injúria racial se equipara, ou melhor, dentro do leque do que é racismo, sendo assim, também, gozaria de imprescritibilidade. Tal argumento parte de uma interpretação mais ampla do Art. 5º, XLII, da Constituição Federal, pois o mesmo não estaria limitado aos tipos previstos na Lei 7.716/89. Sendo assim, a injúria racial seria uma espécie pertencente a um

gênero, esse sendo o racismo, esse que por sua vez se refere a uma ofensa ou discriminação para um grupo todo, não só à honra de uma pessoa.

Tal entendimento foi seguido pela maioria da Corte, sendo o Min. Nunes Marques o único a divergir, alegando que seria uma analogia *in malam partem*, pois seriam institutos penais diferentes. Sendo assim, a injúria não seria imprescritível pois a lei não prevê. A decisão final foi pela denegação da ordem de *habeas-corpus*.

Nesse caso, Streck (2021) elabora:

Não se mostrou correta a decisão do Supremo Tribunal Federal tornando a injúria racial imprescritível. Não fosse por nada, porque isso é tarefa do legislador. [...] A decisão do STF, muito festejada por setores da comunidade jurídica para, além disso, viola a mínima secularização exigida no Estado democrático de Direito. O STF fez uma apreciação moral sobre como ele acha que deve ser o Direito. Além de tudo, viola a lei de Hume: de um *é*, fez um *"deve"*. Há racismo (*"é"*), logo, devemos... (*"deve"*). Somos tentados a moralizar o Direito. E, quando fazemos isso, esquecemos que a moral é um dos predadores do Direito. Moral e Direito estão interligados, quando de sua forma(ta)ção. Todavia — e aqui está o *busílis* —, na sua aplicação, argumentos morais não podem corrigir o Direito. Qual o Direito? O que foi democraticamente aprovado e secularizado em uma república constitucional (Streck, 2021, p.3)

Basicamente, o que Streck (2021) quer dizer é que, a existência de um ato, moral ou imoral —nesse caso, imoral, pois se trata de racismo—, isso por si só não pode servir de munição para que o Judiciário atrole suas atribuições, suas funções, sob o pretexto de fazer o que é certo. Ora a decisão nasce morta, pois nasce com o estigma de ser fruto de um ativismo judicial, ou seja, fruto não dos representantes eleitos, e competentes, mas sim, de uma Corte. Tal ato pode gerar dúvidas sobre a legitimidade de uma causa nobre, em vez de usar seu poder para induzir o Legislativo, nas hipóteses de morosidade inconstitucional, a corte absorve para si tal função.

Ademais, vejamos o que diz o texto da Lei, o artigo 140, § 3º, do Código Penal e o art. 20 da Lei nº 7.716/89:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: [...] **§ 3º** Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa

Bem, diante do texto legal, embora não perceptível à primeira vista, têm-se dois institutos que tutelam bens diferentes. A injúria, mesmo a racial, está atrelada à proteção da honra, para melhor entender isso, precisamos, primeiramente, entender o que seria essa honra protegida. Para tal vejamos o entendimento de Masson (2020, p. 678):

honra é o conjunto das qualidades físicas, morais e intelectuais de um ser humano, que o fazem merecedor de respeito no meio social e promovem sua autoestima. É um sentimento natural, inerente a todo homem e cuja ofensa produz uma dor psíquica, um abalo moral, acompanhados de atos de repulsão ao ofensor. Representa o valor social do indivíduo, pois está ligada à sua aceitação ou aversão dentro de um dos círculos sociais em que vive, integrando seu patrimônio.

Já o racismo, como bem explica Araújo (2022, p. 131):

O crime de racismo (art. 20 da Lei n. 7.716), por sua vez, traz um rol de diversas condutas discriminatórias direcionadas a um grupo social devido à sua cor, raça, etnia ou procedência nacional, visando a proteger o bem jurídico igualdade entre as pessoas, bem como a própria dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, não seriam dois conceitos iguais para serem equiparados, o que configuraria uma analogia, uma vez que estaria usando a imprescritibilidade do racismo na injúria, atribuindo-lhe característica que não foi dada por lei, o que seria um ato de competência do Legislativo.

Novamente, como a decisão anterior, é uma decisão com objetivo válido, mas que precisaria do Legislativo para sacramentar a imprescritibilidade da injúria racial. Contudo, diante dos argumentos apresentados no próprio julgamento da decisão, não é impossível ou absurdo considerar que dentro do conceito de racismo, de maneira ampla, está a injúria, o que, de certa forma, retira a alegação de analogia.

Ademais, a Corte não estaria cometendo ativismo, uma vez que estaria apenas retificando que injúria racial é uma forma de racismo. Esse caso, assim como os outros, não são simples e vão muito além da questão se são ou não decisões ativistas, pois isso por si só não implica que são lesivas.

4. ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS

Por final, veremos tanto críticas quanto defesas ao ativismo, tentando entender os dois lados dessa moeda, essa que não é tão simples quanto parece.

4.1 OS RISCOS DO ATIVISMO JUDICIAL

Para Streck (2017), o ativismo surge quando o juiz substitui o juízo do legislador e da Constituição, trocando esse por um entendimento seu, que é subjetivo, pois o intérprete atribui valores, não se limitando ao que está previsto. Streck (2017) ainda acrescenta que a judicialização, processo legítimo e constitucional, se perde dentro desse emaranhado de ativismos judiciais.

Brito e Costa (2024) destacam que um ativismo judicial desmedido, é uma ameaça para a harmonia dos poderes, contrariando o princípio do art. 2º, interferindo nas atribuições dos demais poderes, gerando insegurança, divisão com os Poderes Legislativo e Executivo e comprometendo a autonomia e a independência desses.

Ademais, Brito e Costa (2024) continuam, dessa vez, elaborando que o ativismo, quando se manifesta exacerbadamente, põe em xegue dois aspectos importantíssimos do Judiciário: a sua legitimidade e sua imparcialidade. E destacam que uma judicialização excessiva, tanto de questões políticas quanto sociais, oriunda do ativismo, não corrobora; pelo contrário, contraria a ideia de um Judiciário equilibrado e não engessado.

Já Dworkin (2000) argumenta que o ativismo não passa de um método ilegítimo de se praticar pragmatismo jurídico, levando o julgador a tomar uma postura contrária ao texto constitucional, bem como as decisões e entendimentos da Suprema Corte, além de ignorar a tradição, impondo seu ponto de vista aos demais poderes.

Dworkin continua, trazendo a ideia de que um juiz ativista não segue o ordenamento jurídico constitucional, tampouco respeita os poderes estatais, sendo uma afronta a qualquer Estado de Direito onde se faça presente, ferindo-o desde o seu aparecimento.

Nessa toada, Daniel Souza Sarmiento (2007, p. 14) postula o seguinte:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico (Sarmiento, 2007, p. 14).

Acrescenta, Oliveira (2021, p. 13):

A execução do poder normativo pelo Supremo Tribunal Federal levanta consequências pesadas e amedrontadoras, pois uma vez que haja precedente o STF recebe um sinal verde para atuar de maneira arbitrária e inclusive, para criminalizar pautas que não necessariamente tenham um viés progressista, salientando que nenhuma dessas hipóteses é condizente com o Estado Democrático de Direito.

Ademais, Godoy (2015) elabora que divergências de interpretação e conteúdo de princípios, só poderiam ser resolvidas em um ambiente democrático, uma vez que quando simplesmente, entregam questões fundamentais ao Judiciário, acaba-se esvaziando as competências e deveres dos representantes do povo, bem como do próprio povo que fica de fora dessa importante decisão. Pois, no fim das contas, premia-se a morosidade e omissão do Legislativo, uma vez que, se o Judiciário tampa o buraco, não há por que o legislador se comprometer em um caso polêmico, como o aborto, por exemplo, o que é uma subversão da ideia democrática, pois deveria caber aos representantes do povo e não a uma corte não eleita a última palavra em uma democracia; é necessário debate.

Ou seja, diante dessa visão crítica, é perceptível o perigo de um Judiciário muito expansivo, pois, embora agindo com boas intenções, abre inúmeros precedentes que tanto debilitam a segurança jurídica, pois o direito fica na mão de

juízes e seus critérios subjetivos, quanto permitem ofensas diretas aos princípios jurídicos que norteiam e são a base do ordenamento jurídico constitucional de um Estado Democrático de Direito, tal qual é o Brasil.

Agora, um breve contato sobre o princípio da legalidade, aquele que, por muitas das vezes, é quem pode ser lesado por posturas ativistas.

Como ensina Isfer (2021), o princípio da legalidade é reconhecido na idade contemporânea, através do *Bills of Rights* e da Declaração de Direitos de 1789, estes que foram impulsionados tanto pela Independência Americana quanto pela Revolução Francesa, tais diplomas servindo de inspiração para outros países introduzirem tal princípio basilar.

E Isfer (2021, p. 228), sobre o princípio da Legalidade, continua:

Nesse sentido, verifica-se que o princípio da legalidade foi o instrumento encontrado pela sociedade para a garantia dos direitos fundamentais. Por meio dessa construção teórica, reservou-se ao povo, representado pelo Congresso Nacional, o poder de criar regras que interfiram em sua liberdade e propriedade. Por conseguinte, exceções à premissa de que as regras inovadoras do sistema jurídico somente podem ser criadas pelo Legislativo, como é o caso das leis delegadas e das medidas provisórias, devem estar sempre assentadas em hipóteses descritas na própria Constituição Federal, que estabelece os requisitos que devem ser preenchidos para que seja possível a edição daqueles atos normativos.

Sendo assim, o princípio da legalidade é o pilar basilar não só do sistema penal do Brasil, mas também, de todo o ordenamento em geral; está presente tanto na Constituição, bem como no Código Penal. Vejamos como está disposto nesse último: “Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” Ou seja, para que se possa punir um indivíduo por determinada conduta, a mesma deve ser tipificada, ou melhor dizendo, considerada ilícita pelo ordenamento, isso através de uma lei, como definido no texto normativo.

Diante desse entendimento do que é o princípio da legalidade, o que pode ser lesado por essa postura, uma vez que o mesmo determina que é necessária lei para que haja crime. Sendo assim, decisões judiciais, em âmbito penal, ativistas seriam um desvio total do que é pactuado pelas leis.

4.2 EM DEFESA DO ATIVISMO JUDICIAL

Contudo, nem tudo são críticas; para uma análise mais completa é necessário ponderar, também, os pontos de quem defende o ativismo e suas possíveis benesses. Nesse sentido, Brito e Costa (2024, p. 226) lembram do caso em que o STF declarou inconstitucional a prisão em segunda instância e comentam:

Tal decisão do Supremo, baseada em uma interpretação constitucional extensiva e na defesa dos direitos fundamentais, exemplifica como o ativismo judicial no direito penal pode ser utilizado para promover a justiça e a proteção dos direitos dos indivíduos, mesmo diante de questões polêmicas e complexas. De fato, o grande foco deve se manter não somente o posicionamento de cada poder, mas também estipular hierarquias entre si, concentrando independente de ideologias e posicionamentos políticos o bem comum da sociedade como um todo.

Ou seja, partindo de um ponto de vista mais favorável ao ativismo, é possível crer em um ativismo judicial positivo, esse que expande direitos e que, necessariamente, mesmo em casos polêmicos, cumpre com suas competências, mas que não ignora questões sociais.

Dirley da Cunha Júnior (2006, p.287) assevera que:

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um mesmo sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível.

Por sua vez, Medeiros (2020, p. 37) traz o seguinte posicionamento:

A despeito dessas críticas ao papel contramajoritário, a função das cortes supremas iria além e ainda desempenharia atribuição representativa pela via discursiva. Esta posição entende que o jogo democrático não estaria restrito apenas às disputas de poder, mas abrangeria igualmente participantes dispostos a argumentar em nome de uma solução pública correta à luz dos direitos e garantias fundamentais. Em consequência disso, quando as maiorias parlamentares não proovessem as respostas adequadas às crescentes demandas de determinada comunidade, caberia o acionamento da jurisdição constitucional para representar esses interesses.

Já Airton Ribeiro da Silva e Fabrício Pinto Weiblen (2007, p. 52), dissertam que:

Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito.

Ou seja, diante da incapacidade ou omissão do Legislativo em fazer valer os direitos constitucionais, uma atuação mais ativa do Judiciário é válida, mesmo que na forma de ativismo, desde que moderado, diante dos inúmeros riscos e prejuízos de uma omissão legislativa. Por mais que não supra completamente a omissão, uma vez que sempre vai pairar uma dúvida sobre a legitimidade daquela decisão, pois não se trata de algo estabelecido pelo poder competente, o Legislativo, mas sim, um tampão útil.

Ademais, diante do exposto, fica clara a necessidade de uma análise caso a caso para avaliar a lesividade do ativismo, uma vez que é um conceito amplo. Além disso, um Judiciário mais ativo tem suas utilidades e pontos positivos, sendo um passo da evolução política mundial.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do abordado neste trabalho, é inegável a existência do ativismo como fenômeno judicial e sua conceituação como um ato de exagerado protagonismo do Judiciário, podendo até dar a ele funções que não lhe pertencem, sendo evidente violação do princípio da separação dos poderes. Contudo, é necessária uma avaliação do caso, primeiramente, para identificar se trata-se de mera judicialização da política ou de ativismo em si; depois, avaliar se o ativismo gerou danos ou benefícios.

Sem dúvida, é muito difícil discutir as decisões trazidas, pois nelas, inegavelmente, se fazem valer direitos importantes, e de maneira alguma se deseja retroceder os avanços das mesmas. Ao final da análise delas, percebe-se que, embora se possa alegar a presença de ativismo, não se pode concluir decisivamente que se tratam de puro ativismo, sendo assim, não se pode concluir, objetivamente, a invalidez das mesmas.

É possível questionar a interpretação extensiva do STF, porém, é uma prerrogativa dele e, da mesma maneira, também não pode-se dizer que o Judiciário não entrou na esfera legislativa, mesmo que pouco e justificadamente com bons argumentos e intenções.

Diante da complexidade e do fato que o ativismo é, nessas decisões, discutível, sendo subjetivo, entendo que seus efeitos devem ser mantidos, porém, sendo necessária a edição de leis, pois apenas dessa maneira não restarão dúvidas sobre a validade desses entendimentos.

Finalmente, o ativismo, se bem usado (como nas decisões, se considerar que há ativismo nelas, claro, ou só diante de uma análise das possibilidades), pode ser uma força muito útil para a consolidação de direitos, nas hipóteses de omissão legislativa. Contudo, é essa mesma gama de possibilidades que torna o ativismo um instrumento perigoso, especialmente na seara penal, onde se preza pela legalidade estrita, pois permite que cortes criem crimes não previstos em lei.

Sendo assim, para evitar discussões sobre a legalidade de decisões, entendo que o melhor é deixar o ativismo como último recurso. Dar esse poder ao Judiciário esvaziaria o Legislativo de sentido. Contudo, ao decorrer da pesquisa, percebi que não devo fechar meus olhos ao problema da omissão legislativa. Nessa hipótese,

sendo benéfico, defendendo a possibilidade do uso do ativismo de maneira localizada, limitada, objetiva e justificada, mesmo em seara penal.

Ademais, é notória a relevância do tema do ativismo judicial, especialmente em matéria penal que é o caso discorrido. Este estudo buscou compreender a origem, o contexto histórico e o conceito de ativismo, bem como analisar os entendimentos doutrinários e as previsões legais, notadamente, a jurisprudência, na forma de algumas decisões que ganharam a alcunha de ativistas.

Os objetivos delineados foram alcançados por meio de uma abordagem metodológica que envolveu revisão bibliográfica e análise documental, proporcionando uma visão abrangente e embasada sobre o tema em questão. A análise do contexto histórico e de sua relação com a judicialização da política permite entender as raízes dessa conduta ativista. Enquanto que os entendimentos doutrinários ofereceram esclarecimentos e corroboraram para a busca por um conceito de ativismo.

Quanto às decisões, foram de suma importância. Nelas é perceptível um protagonismo do Judiciário, seja para equiparar homofobia e transfobia a uma forma de racismo, seja para englobar injúria racial no conceito de racismo, trazendo para o primeiro a imprescritibilidade da conduta, ou até para desconsiderar a interrupção de gravidez de feto anencéfalo como aborto. Tanto quem é contrário quanto quem é favorável a tais decisões tem pontos válidos, visto que o Direito não é tão simples, sendo repleto de nuances.

O ativismo judicial é um fenômeno extremamente relevante no contexto jurídico atual, pois traz consigo uma complexa discussão sobre a separação dos poderes e os limites da atuação e poderes do Judiciário. Contudo, diante do ambiente político brasileiro, onde a mora reina, torna-se necessária, até certo ponto, uma atuação mais ativa do poder julgador, dentro dos limites impostos pela Constituição.

Nesse cenário, fica evidente que, em um mundo ideal, muitas das problemáticas das decisões poderiam e deveriam ser resolvidas pelo Poder Judiciário. Contudo, a realidade prática é diferente. Sendo assim, enquanto o Legislativo não agir conforme suas atribuições, em prol das defesas de minorias, —o que poderia requerer uma mudança do sistema —, o ativismo irá continuar como uma forma de assegurar esses direitos. É inegável sua utilidade, porém não é isento de críticas.

Em suma, a pesquisa contribui para a compreensão do ativismo judicial em matéria penal, as origens e o conceito de ativismo, bem como para entender algumas decisões da Suprema Corte. Considera-se que este trabalho possa servir como ponto de partida para futuras investigações e discussões acerca desse tema complexo e relevante no âmbito jurídico e social.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes. In: ADEODATO, João Maurício; GUERRA FILHO, Willis Santiago; SARLET, Ingo Wolfgang. **A retórica constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, p. 155-165, 2009.

ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins, **O ativismo judicial da “República togada” e o princípio da legalidade na “democracia parlamentar”: uma breve análise crítica acerca de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, sob as luzes da separação dos Poderes e da soberania popular**, 27 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 167-198 (2015). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-27.oajr>. e <https://www.redalyc.org/pdf/824/82444438006.pdf>. Acesso em: 17 maio 2025.

ARAGÃO, Alice Iracema. **UM OLHAR SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL NA PERSPECTIVA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL -ADPF Nº 635/RJ**. Revista Contemporânea, [S. l.], v. 3, n. 8, p. 10003–10031, 2023. DOI: 10.56083/RCV3N8-006. Disponível em: <https://ojs.revistacontemporanea.com/ojs/index.php/home/article/view/1316>. Acesso em: 12 maio 2025.

ARAÚJO, Daniel Britto Freire. **Um olhar crítico sobre o ativismo judicial em matéria penal no Supremo Tribunal Federal: ativismo judicial garantista X ativismo judicial punitivista**. 2022. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Amazonas, Manaus (AM), 2022. Disponível em: <https://tede.ufam.edu.br/handle/tede/8730>. Acesso em: 16 maio 2025.

ARAÚJO, Douglas Balbi. **Marco inicial da eficácia vinculante da decisão na ADO-26 e ampliação do conceito de racismo somente no âmbito da Lei 7.716/89**. Jus.com.br. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74804/marco-inicial-da-eficacia-vinculante-da-decisao-na-ado-26-e-ampliao-do-conceito-de-racismo-somente-no-ambito-da-lei-7-716-89>. Acesso em: 12 maio 2025

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** / Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista **Atualidades Jurídicas** – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26** Distrito Federal. Pessoa transgênero. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão** –exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII). Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Min. Celso de Mello. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 13 jun. 2019. Julgamento em: 13/06/2019. Publicação em: 01/07/2019 Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em 10 de nov. de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional nº 54**, Matéria Criminal, Feto anencéfalo, Interrupção da gravidez, não enquadramento como crime de aborto. Jurisprudência do STF do Estado do Distrito Federal, Brasília. Requerente: Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em: 1204/2012. Publicação em: 30/04/2012 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2025

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Habeas-corpus nº 154.248/DF**, Matéria Criminal. Injúria Racial. Jurisprudência do STF do Estado do Distrito Federal, Brasília. Requerente: Luiza Maria da Silva. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgamento em: 28/10/2021. Publicação em: 23/02/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349811889&ext=.pdf>. Acesso em 11 abr. 2025

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Mandado de Injunção nº 4.733/DF**, Matéria Criminal. Injúria Racial. Jurisprudência do STF do Estado do Distrito Federal, Brasília. Requerente: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS – ABGLT. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgamento em: 13/06/2019. Publicação em: 01/07/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360854256&ext=.pdf>. Acesso em 11 abr. 2025.

BRITO, Washington Batista. COSTA, Julia Feitosa. Interpretação extensiva e o ativismo judicial no Direito Penal. *Facit Business and Technology Journal* 1 (53), 2024. Disponível em: <https://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT/article/download/2946/2015>. Acesso em: 11 maio 2025

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESPECIATO, Ian Matozo; ESPECIATO, Luis. **Ativismo judicial e interpretação extensiva no direito penal. OBSERVATÓRIO DE LA ECONOMÍA LATINOAMERICANA**, [S. l.], v. 21, n. 11, p. 21160–21182, 2023. DOI: 10.55905/oelv21n11-140. Disponível em: <https://ojs.observatoriolatinoamericano.com/ojs/index.php/olel/article/download/1776/1482> Acesso em: 10 maio 2025.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Ativismo Judicial e Política**, Revista Jurídica Consulex,. Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.

Granja, Cícero Alexandre. **O Ativismo judicial no Brasil como mecanismos para concretizar direitos fundamentais sociais**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/05/2014_05_03463_03490.pdf. Acesso em: 10 maio 2025.

GODOY, Miguel Gualano de. **DEVOLVER A CONSTITUIÇÃO AO POVO: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**, 2015. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito do Estado- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

ISFER, Renata Beckert. **O Princípio da Legalidade e sua relevância na era do ativismo judicial** / Revista da AGU, Brasília-DF, v. 20, n. 02. p. 223-242, abr./jun. 2021 Disponível em:

https://www.academia.edu/download/66267824/Renata_Beckert_Isfer_2671.pdf. Acesso em: 30 abr. 2025.

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”**. California Law Review, California, V. 92, n. 5, p. 1.441-1.477, 2004.

LUSTOZA, Helton Kramer. Ativismo judicial: Judiciário não pode se desviar de sua verdadeira finalidade. Conjur. 2020. Acessado em 22 de mai. de 2025. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/helton-kramer-existe-limite-ativismo-judicial/>. Acesso em 27 abr. 2025.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 8 ed., São Paulo: Método, 2020.

MEDEIROS, Isaac Kofi **Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública** / Isaac Kofi Medeiros; orientador, Cláudio Ladeira de Oliveira, coorientador, Pedro de Menezes Niebuhr, 2020. 233 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. GONET, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MOREIRA, Leandro Lara. Consequencialismo jurídico e ativismo judicial no direito penal: proteção deficiente ao direito fundamental à segurança pública, Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, Ano 15, Vol. XV, n.48, jan.-jul., 2024. Disponível em: <https://periodicos.processus.com.br/index.php/eqjf/article/download/1069/1061> Acesso em: 15 maio 2025

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional** / Flávio Martins Alves Nunes Júnior. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

NUNES, Rafael Duarte Freitas. **Ativismo judicial e direito penal**. / Rafael Duarte Freitas Nunes. – Londrina, PR: Thoth, 2022. Disponível em:

<https://www.academia.edu/download/87144055/academia.pdf>. Acesso em: 11 maio 2025

OLIVEIRA, Melissa Arraes de. **A criação jurisprudencial do crime de homofobia: uma análise sobre o ativismo judicial e sua ausência de legitimidade democrática**/ Melissa Arraes de Oliveira; orientadora, Rita Fabiana Arraes do Nascimento 2021 16 p. Trabalho de Conclusão de Curso – Centro Universitário Doutor Leão Sampaio, Curso de Graduação em Direito, Juazeiro do Norte, 2021.

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

SABOIA, Jéssica Ramos; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **GARANTISMO E ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA E DA SUA RELATIVIZAÇÃO PELO STF**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, [S. l.], v. 23, n. 2, p. 53–74, 2018. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i21121. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/1121/544>. Acesso em: 11 maio 2025.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. SOBRINHO, Luis Lima Verde. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA: ATIVISMO JUDICIAL OU CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA?**, Rev. direitos fundam. democ., v. 27, n. 2, p. 104-127, mai./ago. 2022. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/2201/734>. Acesso em: 10 maio 2025

SARMENTO, Daniel Souza. I(Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SILVA, Airtton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. **A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/6793/4109>. Acesso em: 10 maio 2025.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. Leituras Complementares de Direito Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Imprescritibilidade de injúria racial: a moral deve corrigir o Direito?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-03/lenio-streck-imprescritibilidade-injuria-racial>. Acesso em: 10 maio 2025.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **OAB in foc**, Uberlândia, ano 4, n. 20, p. 15, ago./set. 2009.

STRECK Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. (Coleção O Que é Isto? – 1).

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Editora Saraiva. São Paulo, 2017.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Colorário do Direito Penal. Jurid Publicações Eletrônicas, Bauru 22, 569, 2009. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/principiodalegalidade-corolariododireitopenal.pdf>. Acesso em: 13 maio 2025

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.