

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE  
TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**LEGALIDADE, SEPARAÇÃO DOS PODERES E ATIVISMO JUDICIAL: UMA  
ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA QUE  
CRIMINALIZOU A HOMOTRANSFOBIA**

Rafael Silva Padovez

Presidente Prudente/SP  
2020

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO  
DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**LEGALIDADE, SEPARAÇÃO DOS PODERES E ATIVISMO JUDICIAL: UMA  
ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA QUE  
CRIMINALIZOU A HOMOTRANSFOBIA**

Rafael Silva Padovez

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Luís Roberto Gomes.

Presidente Prudente/SP  
2020

**LEGALIDADE, SEPARAÇÃO DOS PODERES E ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA QUE CRIMINALIZOU A HOMOTRANSFOBIA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Luís Roberto Gomes

---

Florestan Rodrigo do Prado

---

Marcelo Agamenon Goes de Souza

Presidente Prudente, 03 de novembro de 2020

## **AGRADECIMENTOS**

O sucesso não é medido com base nos acertos, mas com a constante perseverança e resiliência diante de cada adversidade em nosso caminho. E dentro das adversidades que a vida nos proporciona, nada é mais importante do que aqueles que estão em nosso lado nos dando força, que fazem parte deste momento.

Agradeço primeiro a Deus, por me conceder a paciência, dedicação e perseverança para enfrentar todo o caminho de graduação e concretizar este trabalho. Um Deus com tamanho amor e misericórdia, razão de todas as minhas vitórias, e força para superar todos obstáculos e desafios.

Aos meus pais, que sempre me proporcionaram as melhores condições de estudo para minha formação, um ambiente familiar estável, feliz e repleto de amor, que para sempre serei grato.

E por fim, a instituição de ensino, por prover um estudo de qualidade, com todas as ferramentas e instrumentos necessários durante toda graduação, e meu orientador Luís Roberto Gomes, que trouxe todas as ferramentas e conhecimento para me auxiliar durante todo o trabalho, que merece o reconhecimento como um dos maiores juristas e professores de nosso mundo jurídico.

## RESUMO

O presente trabalho busca realizar uma análise crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal, que através de sua interpretação criou os crimes de homofobia e transfobia. Para estabelecer assim uma análise completa, são discutidos três temas necessários no trabalho, o princípio da legalidade, através de uma análise de sua formação histórica, previsão nos ordenamentos jurídicos brasileiros, nos tratados internacionais, e todas as garantias que decorrem de sua previsão. Também é feita uma análise do princípio da separação dos poderes, estudando o pensamento dos grandes estudiosos, bem como analisando o histórico legislativo deste princípio em nossas constituições, e sua verdadeira importância e significado dentro de nossa sociedade. Em terceiro plano é analisado o ativismo judicial, através da definição do pensamento de grandes filósofos e juristas, estabelecendo assim as premissas desta prática exercida pelo Poder Judiciário, seus limites, dimensões, formação histórica, e o papel do Supremo Tribunal Federal dentro do ativismo judicial. Feito este estudo apartado acerca dos três temas é feito então uma análise crítica da decisão da Suprema Corte brasileira, estabelecendo assim todas as nuances de sua atuação, em virtude do princípio da legalidade, e fazendo uma análise dos possíveis efeitos causados por sua decisão com a criação do precedente de criminalização de condutas através de interpretações judiciais.

**Palavras-chave:** Criminalização homofobia e transfobia. Princípio da legalidade. Princípio da separação dos poderes. Ativismo judicial. Criação de crimes pelo judiciário.

## ABSTRACT

The present work seeks to carry out a critical analysis of the decision of the Supreme Federal Court, which through its interpretation created the crimes of homophobia and transphobia. In order to establish a complete analysis in this way, three necessary themes in the work are discussed, the principle of legality, through an analysis of its historical formation, prediction in the Brazilian legal systems, in international treaties, and all the guarantees that result from its prediction. An analysis is also made of the principle of separation of powers, studying the thinking of great scholars, as well as analyzing the legislative history of this principle in our constitutions, and its true importance and meaning within our society. In the third plan, judicial activism is analyzed, through the definition of the thinking of great philosophers and jurists, thus establishing the premises of this practice exercised by the Judiciary, its limits, dimensions, historical formation, and the role of the Supreme Court within judicial activism. After this separate study about the three themes, a critical analysis of the decision of the Brazilian Supreme Court is made, thus establishing all the nuances of its performance, due to the principle of legality, and making an analysis of the possible effects caused by its decision with the creating a precedent for criminalizing conduct through judicial interpretations.

**Keywords:** Criminalization of homophobia and transphobia. Principle of legality. Principle of separation of powers. Judicial activism. Creation of crimes by the judiciary.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO</b> .....   | <b>9</b>  |
| <b>2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE</b> .....  | <b>11</b> |
| 2.1 Princípio da reserva legal .....  | 17        |
| 2.2 Princípio da taxatividade ou determinação .....   | 20        |
| 2.3 Princípio da anterioridade e irretroatividade da lei penal .....                                | 25        |
| <b>2.4 Formação histórica do princípio da legalidade</b> .....                                      | <b>26</b> |
| 2.4.1 Direito romano .....  | 28        |
| 2.4.2 Direito medieval .....  | 29        |
| 2.4.3 Direito inglês e iluminismo .....   | 30        |
| <b>2.5 O princípio da legalidade no ordenamento jurídico brasileiro</b> .....                       | <b>34</b> |
| <b>2.6 O princípio da legalidade nos tratados internacionais</b> .....                              | <b>37</b> |
| <b>3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES</b> .....   | <b>39</b> |
| 3.1 Separação dos poderes segundo Aristóteles .....   | 41        |
| 3.2 O ideal liberal de separação de poderes segundo John Locke .....                                | 43        |
| 3.3 Montesquieu e a teoria tripartite .....   | 46        |
| 3.4 A separação dos poderes segundo Hans Kelsen .....   | 50        |
| <b>3.5 Os poderes do Estado brasileiros, suas funções e o sistema de freios e contrapesos</b> ..... | <b>52</b> |
| 3.5.1 O sistema de freios e contrapesos e as funções dos poderes .....                              | 58        |
| <b>4 O ATIVISMO JUDICIAL</b> .....  | <b>67</b> |
| 4.1 Passivismo e pragmatismo jurídico .....   | 68        |
| 4.2 O surgimento da palavra “ativismo judicial” e o autorrestritivismo judicial .....               | 72        |
| 4.3 Os sistemas <i>civil law</i> e <i>common law</i> .....  | 74        |
| <b>4.4 Origem do ativismo judicial</b> .....  | <b>75</b> |
| 4.4.1 Caso <i>Marbury v. Madison</i> .....  | 75        |
| 4.4.2 Caso <i>Dred Scott v. Standford</i> .....   | 76        |
| 4.4.3 Caso <i>Lochner v. New York</i> .....   | 78        |
| 4.4.4 O <i>New Deal</i> de Rossevelt e a Corte Warren .....   | 80        |
| <b>4.5 Ativismo judicial e judicialização</b> .....   | <b>83</b> |
| <b>4.6 As dimensões do ativismo judicial e seus fundamentos</b> .....                               | <b>85</b> |
| 4.6.1 Dimensão da interpretação constitucional .....  | 86        |
| 4.6.2 Dimensão da criação interpretativa .....  | 87        |
| 4.6.3 Dimensão da deferência aos demais poderes .....   | 88        |
| 4.6.4 Dimensão da afirmação de direitos .....   | 89        |
| <b>4.7 Questões críticas acerca do ativismo judicial</b> .....                                      | <b>90</b> |
| 4.7.1 Legitimidade das decisões judiciais ativistas .....   | 90        |
| 4.7.2 O princípio da autolimitação judicial e o risco da politização da justiça .....               | 93        |
| 4.7.3 Os limites para as decisões ativistas .....   | 94        |
| <b>4.8 O ativismo judicial da Suprema Corte brasileira</b> .....                                    | <b>98</b> |
| 4.8.1 Súmulas vinculantes .....   | 101       |
| 4.8.2 Mutação constitucional .....  | 103       |
| 4.8.3 Reconhecimento da união homoafetiva .....   | 104       |
| 4.8.4 Inconstitucionalidade da proibic o de progressão de regime nos crimes hediondos .....         | 104       |
| 4.8.5 Prisão em segunda instância .....   | 105       |

|  |            |
|--|------------|
| <b>5 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE CRIMINALIZOU A HOMOTRANSFOBIA</b> ..... | 107        |
| 5.1 O reconhecimento da mora legislativa .....   | 110        |
| 5.2 Não restrição ao exercício da liberdade religiosa .....                            | 112        |
| 5.3 Do reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo.....                     | 114        |
| <b>5.4 O princípio da legalidade e aspectos críticos da decisão</b> .....              | <b>119</b> |
| <b>5.6 O precedente criado pela decisão do Supremo Tribunal Federal</b> .....          | <b>136</b> |
| <b>6 CONCLUSÃO</b> .....   | <b>140</b> |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....   | <b>142</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O mundo jurídico foi marcado por diversas questões de cunho polêmico no ano de 2019, entre elas a criminalização da homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal. Através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção 4.733, a Suprema Corte brasileira reconheceu a omissão legislativa em tipificar as condutas de homofobia e transfobia, e através de uma interpretação estendeu a Lei de Racismo para abarcar essas práticas.

O objetivo do presente trabalho é fazer uma análise crítica acerca dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, estudando os fundamentos trazidos pelo Ministros, a relação do Poder Judiciário perante os outros poderes, e principalmente como a decisão se relaciona junto ao princípio da estrita legalidade e os princípios que decorrem, a reserva legal e taxatividade.

Para tanto, se estabelece a premissa de dividir o trabalho em duas partes. Nos primeiros três capítulos será feito um estudo do princípio da legalidade, princípio da separação dos poderes e o ativismo judicial, utilizando-se o método dedutivo e indutivo. Na segunda parte, depois de estabelecida essas premissas, passará a realização da análise crítica da decisão de forma propriamente dita.

Dentro do princípio da legalidade, buscou-se estabelecer primeiro o seu conceito, e quais seriam suas garantias, ou melhor dizendo, os princípios que decorrem de sua previsão. Também é narrada a formação histórica deste princípio, em âmbito internacional, e também dentro de nossas Constituições Federais e tratados internacionais que o Brasil é signatário.

Em relação ao princípio da separação dos poderes, grande esforço foi tomado para expor os pensamentos que formaram a teoria adotada pelo Brasil, e assim também determinar quais as funções constitucionais típicas e atípicas dos poderes brasileiros, o Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como o controle recíproco entre eles.

Para finalizar a primeira parte foi definido o ativismo judicial, através de um estudo de ideais de interpretação judicial, dimensões de sua atuação, formação histórica no direito norte-americano, e uma análise crítica das principais questões que rodeiam o tema.

Diretamente ligado ao tema, o último capítulo realizou a análise crítica efetivamente, depois de fixados todos os pontos necessários ao estudo, para assim primeiro discorrer acerca da decisão em si, trazendo todos os fundamentos apontados, e assim exposto todas as contradições trazidas na decisão, principalmente em relação ao princípio da legalidade, bem como estabelecendo problemática de precedentes criada no caso.

Dentro do estudo foram utilizados renomados doutrinadores brasileiros, entre eles do Direito Penal e Direito Constitucional, bem como obras específicas sobre o tema. Ainda, foram trazidos clássicos autores estrangeiros, desde os mais antigos e clássicos, até modernos, com estudos atuais sobre todos os temas em pauta.

## 2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Estado possui como um de seus elementos fundantes o poder soberano, sendo essa a liberdade e monopólio da criação de suas normas, inclusive as normas penais, que tipificam condutas criminais e culminam penas, inclusive privativas de liberdade.

Quando se fala sobre a origem do Estado nos deparamos com as teorias acerca do contrato social, em sua grande maioria definindo a finalidade do Estado como o ente incumbido de organizar o caos instaurado na origem do homem, formando as sociedades. Mas as sociedades, em toda a sua história, viram muitas vezes o abuso do poder, a busca pela dominação, feita pelo próprio Estado, não garantindo direitos para aqueles dentro de seu território, mas os usando para buscar seus próprios fins.

Os regimes ditatoriais e absolutistas ao longo da história humana trouxeram uma visão de cautela perante o poder estatal, não podendo confiar cegamente neste poderoso ente, mas sim é necessário buscar meios que promovam limites ao poder soberano, trazendo assim garantias ao cidadão, e neste sentido podemos citar os princípios.

Princípios são bases, valores fundamentais, que de forma genérica buscam inspirar e guiar a criação jurídica, bem como a manutenção do sistema jurídico como um todo. Assim, os princípios são normas com um alto grau de generalidade, que buscam também auxiliar na interpretação das outras normas, do ordenamento jurídico como um todo. Neste sentido, diz Robert Alexy sobre princípios:

(...) normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (2008, p. 87-90)

E dentro do ordenamento jurídico brasileiro existem diversos princípios, invadindo todas as matérias legislativas e atinentes aos poderes estatais. Existem princípios constitucionais, que regem todo o ordenamento jurídico, bem como princípios específicos, de natureza específica ou até mesmo infraconstitucional, que

podem ser específicos a certos diplomas legislativos, como dentro do Direito Penal, e sobre isso, diz Luiz Regis Prado:

O Direito Penal, como também os demais ramos do ordenamento jurídico, fundamentam-se em determinados princípios como elementos essenciais e diretores, em sua maioria jurisdicionados, seja em nível constitucional, seja não constitucional. Derivados, em sua origem, dos valores ético-culturais e jurídicos vigentes em uma determinada comunidade social, numa certa época, foram se impondo num processo histórico-político contínuo como basilares à sociedade democrática. (2014, p. 105).

Os princípios do Direito Penal buscam garantir para a sociedade segurança contra a intervenção estatal dentro de sua liberdade, justificada pela fragilidade que existe no indivíduo comparado ao Estado. É importante neste ponto distinguir os princípios penais de natureza penal constitucional dos princípios constitucionais gerais que versam sobre matéria penal, pois por mais que pareçam tratar da mesma temática, possuem diferenças substanciais.

Ambas categorias se encontram em nossa carta magna, esta muito garantista, e sobre os princípios de natureza constitucional que versam sobre matéria penal, deve-se entender estes como princípios de natureza constitucional, se aplicando a todo ordenamento jurídico, e também ao direito penal, mas não de forma exclusiva. É o que ensina Luiz Regis Prado:

(...) princípios de conteúdo não especificamente penais (de caráter geral ou heterogêneo), também consagrados no texto constitucional, que versam sobre matéria penal (v.g., princípios de proporcionalidade, de igualdade, de necessidade). Estes últimos se referem à matéria de relevância constitucional, estabelecendo quase sempre suas diretrizes. (2014, p. 105)

Adversamente, os princípios penais de natureza penal constitucional são específicos ao ramo do Direito Penal, se aplicando de forma exclusiva, tendo como função exclusiva buscar limitar o poder punitivo estatal, conferindo garantias ao cidadão, conforme define Francesco Palazzo:

(...) em razão do próprio conteúdo, têm, ademais, características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vincam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no setor delicado do Direito Penal (1989, p.23).

Esses também são conhecidos como princípios limitadores, que representam as ideias de igualdade e liberdade, nascidas junto ao iluminismo, trazendo um caráter menos cruel ao Direito Penal, que existia de forma predominante durante o Estado absolutista. Cezar Roberto Bitencourt traz outras denominações para estes princípios:

Hoje poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de *Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito*. Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988. (2016, p. 49).

A importância dos princípios limitadores é imensurável, sendo núcleo essencial para salvaguarda das liberdades e direitos fundamentais de todos os indivíduos, seja a fim de vedar arbitrariedades, bem como na essência dos princípios, de ser uma luz guia para orientar a política legislativa criminal, orientando o legislador para a criação de um sistema de controle penal com enfoque em direitos humanos. Sobre isso, discorre Vicente Amêndola Neto, dizendo sobre a importância de tal princípio:

O indivíduo passaria a viver em constante sobressalto, sempre na iminência de se ver sujeito à reação penal por fatos cuja antissocialidade escapasse ao seu mediano sendo de ajustamento à moral ambiente. Seria inevitável o conflito entre a apurada mentalidade dos juizes e a mentalidade média do homem do povo, ficando este subordinado a um juízo de reprovação muitas vezes inacessível ao seu próprio entendimento. (1997, p. 18).

Tamanha importância que, como posto, estão amparados em nossa Carta Magna. Ainda, consagrado em nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, “caput”, está o direito de liberdade, também conhecido como o direito de ir e vir, pertencente a todos aqueles que estão dentro do território brasileiro. Por esta previsão, a regra de nosso ordenamento jurídico é a liberdade.

É claro, existem limitações a todos direitos fundamentais, salvo raras exceções, e não é diferente quanto ao direito à liberdade, podendo este ser limitado, quando decidida assim por decisão judicial transitada em julgada, respeitado o devido processo legal, previsto assim no art. 5º, inciso LIV, “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

E ao passo que a Constituição Federal concede a seus cidadãos o direito de liberdade, e de nada valeria se não existisse uma garantia, para que ninguém fosse privado de sua liberdade, salvo nas hipóteses permitidas pela própria lei. E diante desta necessidade de garantir o direito de liberdade do cidadão, surge o princípio da legalidade.

Sua base legal está, conforme mencionado, na própria Constituição Federal brasileira, dentro de seu artigo 5º, que traz diversos outros direitos e garantias. Deve-se entender que este princípio possui uma previsão genérica, que se encontra no inciso II do referido artigo, chamado também pela doutrina de princípio da legalidade em sentido amplo, ao dizer “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei.

Porém, este princípio possui uma previsão específica como princípio da legalidade penal, dentro dos princípios de direito penal constitucionais, pautados na limitação do poder punitivo do Estado, encontrado no inciso XXXIX do mesmo artigo 5º, chamado pela doutrina de princípio da estrita legalidade, ao dizer, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Alguns autores já questionaram o extremo formalismo ao trazer um inciso prevendo de forma expressa o princípio da legalidade no âmbito penal, pois de certa forma, ele já estaria implícito dentro do inciso II, do mesmo artigo 5º.

Para entender o alcance do princípio da legalidade e seus efeitos no âmbito penal seria necessário aplicar uma interpretação deste dispositivo, e em nossa realidade jurídica, todas interpretações da Lei advém das decisões proferidas pelo judiciário, e assim poderia levar muito tempo até se entender dessa forma, tendo a consolidação de uma interpretação judicial de forma rápida.

Basta olhar sob a ótica da Constituição dos Estados Unidos da América, que existe há mais de 200 anos, e o entendimento sobre o princípio da legalidade penal apenas se consolidou após um grande esforço interpretativo. Sobre isto, diz Maurício Antonio Ribeiro Lopes

(...) ao contrário da Constituição norte-americana, a nossa jamais foi objeto de ricas interpretações judiciais, pelo contrário sempre se observou como tendência o mero tangenciamento das questões discutidas no Judiciário sob a ótica constitucional, talvez para impedir que o Supremo Tribunal Federal – a quem compete afinal a guarda da constituição – fosse chamado mais amiúde para decidir. (1994, p. 23).

Além disso, a previsão do princípio da estrita legalidade de forma específica representa um estímulo para a aplicação de forma geral, não abrindo nenhuma margem para questionar a real eficácia e aplicabilidade do princípio da legalidade em seara penal.

Doravante, este princípio representa uma garantia imensurável ao fim de conservação dos valores democráticos do Estado, não sendo exclusiva sua previsão dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pelo contrário. Por mais que outros ordenamentos jurídicos possam não usar a mesma terminologia, sua existência é essencial para todo e qualquer Estado que se busque afastar dos regimes ditatoriais e absolutórios. Neste sentido, discorre mais uma vez Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

No fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por outra via que não seja a da Lei. (1994, p. 21-22).

Em seu sentido estrito, o princípio da legalidade, também é conhecido como “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, termo criado por Ludwig Feuerbach, e o termo define que somente poderá uma conduta ser considerada crime, e somente haverá pena, quando existente previsão legal. Importante destacar que, quando o art. 5º, inciso XXXIX, menciona o termo Lei, deve-se interpretar seu sentido estrito, como qualquer norma emanada pelo Poder Legislativo.

Em nosso sistema jurídico-penal utiliza-se o conceito de legalidade formal, que se vincula ao conceito de crime, em seu sentido formal, e, portanto, por mais que uma conduta possa trazer danos catastróficos à sociedade, não existe punibilidade se não houver previsão. O conceito de legalidade formal em nosso ordenamento jurídico se opõe ao próprio conceito material de crime, que define crime não como a previsão da Lei de práticas típicas e antijurídicas, mas sim a conduta de lesar um bem jurídico protegido, o que permitirá a interpretação extensiva.

É disto que surge a pretensão subjetiva perante toda sociedade, de não ser punido senão quando praticar ações descritas pela Lei Penal. E pela análise deste princípio, define-se a elaboração de normas incriminadoras apenas pela Lei, de forma exclusiva, sem que possa criar crimes através da arbitrariedade.

É o que menciona Damásio de Jesus:

O princípio da legalidade (ou da reserva legal) tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do Homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. (2011 p. 103-104).

De seu conceito se extrai dois significados, um político e um jurídico. Quanto ao político, se entende como um direito, uma garantia constitucional a todos, no sentido de limitação do poder punitivo estatal, onde por si só esse princípio é capaz de trazer proteção a diversos bens jurídicos. Sobre isso, menciona Luiz Regis Prado:

Atualmente, seu fundamento radica na proteção dos valores segurança jurídica, liberdade e igualdade, por meio da vinculação dos Poderes Públicos à lei precisa e concreta, o que garante que seja o legislador quem adote as decisões básicas na matéria, exclui a arbitrariedade no exercício do poder punitivo do Estado e assegura o tratamento igualitário na lei e na aplicação da lei. (2014, p. 106).

Já no sentido jurídico se extrai a definição já conhecida, de impossibilidade de punição estatal sem que haja uma conduta punível. Nesse sentido, menciona José Frederico Marques:

Além de seu significado político, possui o princípio um aspecto jurídico, uma vez que “fixa o conteúdo das normas incriminadoras, não permitindo que o ilícito penal seja estabelecido genericamente sem definição prévia da conduta punível e determinações da *sanctio juris* aplicável. (1997, p. 132-133).

O Estado intervir de forma repressiva perante um de seus cidadãos deve ser *ultima ratio*, quando não houver nenhum outro meio capaz de sanar a situação, pois essa intervenção está dentro de seu jus puniendi, o poder punitivo estatal.

Ainda, é fato dizer que o advento da teoria da atipicidade trouxe um caráter ainda mais técnico para este princípio, por onde, o fato para ser típico deve se enquadrar na conduta proibida pelo ordenamento jurídico, e a mera existência de bem jurídico não sustenta sua existência sem a devida previsão legal do tipo. Sobre isso, discorre Edgard Magalhães Noronha:

Firma-se, também, por essa regra, que o crime é pressuposto da pena (...). É a tipicidade a adequação do fato ao tipo descrito pelo legislador. Não há crime sem que a conduta humana se ajuste à figura delituosa definida pela lei, ou, noutras palavras, não há crime sem tipo, “não há delito sem tipicidade”. (2004, p. 70).

Reforçando este princípio, há a regra do *nulla poena sine iudicio*, que visa vedar a edição de normas que visam uma coação direta, a imposição de penas sem julgamento, de forma automática quando enquadrada no tipo penal correspondente. É evidente a violação ao princípio do devido processo legal e da presunção de inocência, pelo qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão que o condenar.

Além disso, há o *nemo iudex sine lege*, pelo qual a aplicação da pena está condicionada a decisão feita por um juiz, não se limitando a qualquer integrante do Poder Judiciário, mas àquele que exerça jurisdição penal.

Pelo princípio da legalidade não há justificativa para punir alguém, senão pela própria Lei, assim, diferente dos regimes absolutistas do passado, o Estado não pode punir alguém quando tal ato estiver fundado apenas em sua vontade e consciência do aplicador da Lei. E deste princípio surgem diversas outras regras, para garantir sua aplicação de forma eficiente.

## **2.1 Princípio da Reserva Legal**

O princípio da reserva legal decorre do princípio da legalidade, e por este princípio é estabelecido que a previsão sobre direito penal é reserva da Lei, e somente a Lei poderá prever crimes, e, portanto, qualquer ato normativo diverso restará em inconstitucionalidade por violação à reserva legal. Essa nomenclatura utilizada não se refere ao princípio da legalidade em si, mas de forma específica ao procedimento pelo qual devem ser editadas as normas de matéria penal, qual seja através da lei formal e materialmente considerada.

Destarte, existe divergência na doutrina, e alguns autores afirmam que o princípio da estrita legalidade é sinônimo de reserva legal, se trata apenas de nomenclatura diversa. Por outro lado, dentro de nossos doutrinados mais formalistas, como José Afonso da Silva, são estabelecidas diferenças entre o princípio da legalidade e reserva legal, vez que o primeiro se trataria ao respeito à

Lei, ao passo que o segundo trata, na verdade, do formalismo em matéria penal, que deve ser preservado. No mesmo sentido, discorre Cezar Roberto Bitencourt:

Quanto ao princípio de reserva legal, este significa que a regulação de determinadas matérias deve ser feita, necessariamente, por meio de lei forma, de acordo com as previsões constitucionais a respeito. Nesse sentido, o art. 22, I da Constituição brasileira estabelece que compete privativamente à União Legislar sobre Direito Penal. (p. 51, 2016).

Independente o caminho que se busca percorrer neste entendimento, seja pela autonomia ou não da reserva legal, sua mera existência, ainda que separada, apenas afirma a finalidade do princípio da estrita legalidade, já que sua existência garante a organização do Estado em um sistema político democrático, através do qual ninguém é posto perante o poder punitivo estatal senão pela previsão da Lei formal.

Além disso, existem outras denominações sobre o princípio da estrita legalidade. Há quem o chame de *intervenção legalizada*, como o espanhol Muñoz Conde, que define este princípio como um freio contra políticas extremamente pragmáticas, que buscam de qualquer forma acabar com a criminalidade, e para isso se utilizam da criação arbitrária de crimes e penas.

Também há quem utilize a denominação de princípio da estrita legalidade, privilegiando a diferenciação feita pela própria Constituição Federal, ao trazer a legalidade em sua forma genérica, bem como estrita, limitada a aplicação penal.

Mas independente da nomenclatura, é esse princípio que retira do Estado Absoluto sua vontade sem limites, mas de forma efetiva, transfere essa ao povo, que exercendo o sufrágio, escolhe seus representantes, para que estes, na necessidade e nos limites sociais, criem delitos e penas. O Estado soberano, em regra, não deve intervir na vida de seus cidadãos, salvo exceções, previstas essas em Lei, criadas essas pelo legislador, somente quando estritamente necessário, pelo positivado princípio da intervenção mínima, pois a liberdade do cidadão é seu direito fundamental.

E além da necessidade de previsão de crimes na Lei, por este princípio, e pala previsão do art. 22, inciso I, da CF/88, fica definida a função de criar Leis sobre Direito Penal e Processual Penal apenas pelo Poder Legislativo, mais especificamente a União, através do Congresso Nacional, quando diz: “compete

privativamente à união legislar sobre<sup>1</sup>: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (grifo nosso). É o que ensina Guilherme Nucci:

Observa-se, no panorama brasileiro, a concentração de poder no âmbito da União, em matéria penal e processual penal, praticamente eliminando a competência legislativa estadual, pela simples omissão em editar lei complementar autorizadora. Por outro lado, os Estados-membros, inconformados, diante da realidade clamando por soluções, mormente no tocante à execução penal, insistem em editar leis, resoluções, decretos ou atos usurpadores da competência federal, lidando com direito penal, processual penal e execução penal. (2014, p. 87).

Portanto, do ponto de vista material das leis penais prática de legislar sobre condutas criminosas e criação de penas é de competência exclusiva do congresso nacional. E não apenas compete ao Congresso Nacional, vez que do ponto de vista formal das Leis penais, a aprovação destas normas de Direito Penal e Processual Penal devem ser feitas através do procedimento formal prescrito dentro da própria Constituição Federal, e Mauricio Antonio Ribeiro Lopes (1994, pág. 34) diz que “Do ponto de vista formal, a Lei tem que emanar do Poder competente para elaborá-las, o Legislativo, seguindo rigorosamente o procedimento previsto na Constituição para a elaboração das Leis”<sup>2</sup>.

As normas sobre matéria de direito penal<sup>3</sup> utilizam o procedimento de Lei Ordinária, mas nada impede a realização de tais atos por meio de Leis Complementares ou Emendas Constitucionais, uma vez que estes possuem até mesmo um procedimento mais complexo, com um *quórum* maior se comparado a Lei Ordinária. Inclusive, não é possível a delegação da competência legislativa sobre matéria penal, como narra Luiz Regis Prado:

---

<sup>1</sup> Existem algumas disposições necessárias a se mencionar. A primeira é a competência do Poder Executivo em celebrar tratados internacionais, inclusive aqueles que versarem sobre direito penal e processual penal, entretanto, não há violação ao princípio da legalidade, pois esses tratados passarão pelo clivo de aprovação do Congresso Nacional. Além disso, existem algumas matérias dentro da área processual penal que o Estado-membro e o Distrito Federal são autorizados a legislar, quando se tratar de direito penitenciário, custas dos serviços forenses, e outras matérias, que não versam propriamente sobre direitos, mas o caráter administrativo dos trâmites processuais, através dos regimentos internos.

<sup>2</sup> Importa apenas mencionar prematuramente a atuação do Supremo Tribunal Federal através da edição de súmulas vinculantes. Este é um verdadeiro meio de criação legislativa pelo Poder Judiciário, e pode vir a abarcar questões de direito penal e processual penal, como será melhor visto a frente, entretanto, não se há margem para criação de delitos e penas por esse meio, pelo princípio que se verá agora, da taxatividade.

<sup>3</sup> O Direito Processual Penal possui uma maior flexibilidade para ser legislado, por tratar de procedimento, e desde que respeitem os dogmas constitucionais do devido processo legal, abrangendo a ampla defesa e contraditório, não há que se falar em impossibilidade

Assim, só ele pode legislar sobre determinado assunto, tal como definir a infração penal e cominar-lhe a respectiva consequência jurídica. O fundamento de garantia da reserva de lei, como princípio de legitimação democrática, deve informar e presidir a atividade de produção normativa penal, por força da particular relevância dos bens em jogo. Tem ela, por assim dizer, um papel negativo no sentido de que o objeto imediato e essencial do princípio é o de impedir o acesso do Poder Executivo à normação penal. (2014, p. 108).

Assim, conclui-se que, a única fonte imediata do direito penal é a Lei<sup>4</sup>, somente ela deve e pode tipificar condutas passíveis de punição pelo *jus puniendi*, e essa legitimação ao poder legislativo se funda em sua legitimação democrática, previsto na própria Constituição Federal, sendo o poder competente para a edição das normas, fazendo com que não exista arbitrariedade.

## 2.2 Princípio da Taxatividade ou Determinação

É também chamado de *nullum crimen sine lege scripta et stricta*, e traz uma disposição acerca da clareza e objetividade da norma penal. Diz respeito a técnica de elaboração da Lei Penal, sendo um princípio que decorre e complementa o princípio da reserva legal. As práticas criminosas devem estar tipificadas em Lei, mas a taxatividade vai até águas mais profundas, e determina que não basta a previsão em Lei, mas deve ser positivada de forma clara, sem restar dúvidas ou interpretações. Sobre isso, menciona Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

Para que o crime e a pena a ele cominada possam ser considerados, não basta uma lei que lhe seja temporalmente anterior e inaplicável às hipóteses assemelhadas. É mister que a lei *defina* o fato criminoso, ou melhor, enuncie com clareza os atributos essenciais da conduta humana de forma a torna-la inconfundível com outra, e lhe comine pena balizada dentro de limites não exagerados. (1994, p. 128).

O princípio da taxatividade é implícito dentro da legalidade, uma vez que a técnica legislativa por meio de cláusulas abertas é incompatível com o Estado democrático de Direito.

---

<sup>4</sup> Quanto aos outros meios legislativos, cabe dizer que as Leis Delegadas não podem abarcar temas penais, por serem competência do Presidente da República, e em mesmo sentido estão as medidas provisórias, cuja proibição está prevista até mesmo em Lei, na Emenda Constitucional 32/2001, trazendo o art. 62, §1º, I, “b”, para a Constituição Federal, que veda expressamente a edição destas para assuntos penais e processuais penais.

Ainda, de forma mais aprofundada, Luiz Regis Prado faz uma distinção conceitual deste princípio, levando em consideração o destinatário, e diz da seguinte forma:

“Todavia, costuma-se admitir uma distinção conceitual em razão do destinatário, em dois momentos, ora o do legislador, ora o do juiz. Através da determinação, exige-se que o legislador descreva da forma mais exata possível o fato punível. (2014, p. 109).

Neste primeiro momento, para o legislador se aplica este princípio em relação a técnica de elaboração da lei penal, devendo ser clara e precisa na tipificação da conduta, com o fim de existir segurança jurídica. E não apenas sobre a descrição de condutas delitivas, Luiz Regis Prado completa seu raciocínio ao dizer:

“Como bem se esclarece, as exigências de determinação e de taxatividade se referem não só à descrição das condutas delitivas como também à fixação de marcos legais, que, quando excessivamente amplos, colidem com o princípio da legalidade. (2014, p. 110).

Há uma indubitável vinculação estabelecida entre o princípio da legalidade e as técnicas de tipificação, onde a eficácia deste princípio está condicionada à forma pelo qual a lei é criada, por onde se entende que um tipo penal genérico ou vazio equivale a nada formular. É por conta disto que é vedada a utilização de elementos normativos abertos, casuísticos, indeterminados ou vagos, para que o destinatário da norma tenha completo conhecimento de seus alcances, qual seja o cidadão.

Além da sociedade como destinatário da Lei, a taxatividade também se relaciona com o juiz, acerca dos critérios que ele deverá utilizar na hora de julgar, pois ele está vinculado a norma, e deve interpreta-la nos limites estritos, somente naquilo que ela prevê, evitando assim abuso judicial. Sobre isso, conclui seu raciocínio Luiz Regis Prado:

“Em outras palavras, restringe-se a liberdade decisória do juiz (*arbitrium judicis*) a determinados parâmetros legais, que não podem ser ultrapassados no momento da aplicação da lei ao caso concreto. Tem uma função garantias (*lex stricta*), pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui uma autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade. (2014, p. 109-110).

Dworkin em sua obra *O império do direito* buscou discorrer sobre o que seria uma norma clara, colocando em discussão algumas situações e leis da época em que descrevia sua obra, inclusive situações do campo penal, através de termos legais que geravam ambiguidade, e após sua exposição assim concluiu:

O qualificativo “obscuro” é mais o *resultado* que a *ocasião* do método de Hércules para interpretar as leis. Só chamaremos uma lei de obscura quando acharmos que existem bons argumentos para cada uma das duas interpretações em confronto. (...) Hércules considerará uma lei problemática devido á ambiguidade, imprecisão ou abstração de alguma palavra apenas se houver, pelo menos, uma dúvida sobre se a lei representaria melhor desempenho da função legislativa se interpretada de um modo e não de outro. (DWORKIN, p. 421-422).

Portanto, segundo a visão de Dworkin, baseada no pensamento interpretativo de Hércules, uma lei não é clara quando alguma de suas palavras usadas trazer ambiguidade ou incerteza de seu alcance. Porém, quando se fala em normas penais não há margem para interpretação de uma incerteza, pelo próprio princípio da estrita legalidade.

Para que realmente se efetive o princípio da legalidade, deve ser abdicado o uso destas normas vagas, indeterminadas ou imprecisas, pelo risco da arbitrariedade que a rodeia. As normas penais são um sistema fechado, limita-se a previsão da Lei, e não pode ser ampliada. Por ser um sistema fechado, uma Lei penal não pode ser interpretada como omissa ou lacunosa, não hão de haver dúvidas sobre o alcance e finalidade de normas que versarem sobre direito Penal, e neste sentido, diz Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

Não há Direito Penal vagando fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre *lei e direito*. Conquanto discordemos da última assertiva, face à existência de causas supralegais em matéria penal que são complementares à lei, desde que favoreçam ao acusado, obstruindo a ideia de que em Direito Penal não há lacunas, sendo ele um sistema fechado (...). (1994, p. 33).

Isso se difere de todos os outros ramos de nosso direito, pois nem todas as leis buscam trazer um rol taxativo, uma vez que seria impossível tentar prever toda e qualquer situação que possa a vir acontecer no cotidiano. Ademais, um dos princípios que regem a magistratura é a inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, *in verbis*, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Dentro da inafastabilidade de jurisdição, o juiz não pode se escusar de seu julgamento<sup>5</sup>, deixando a lide ao relento, sem resposta, entretanto, em seara penal, o juiz não poderia enquadrar uma conduta não prevista em Lei em um tipo penal “parecido”, analogicamente. Não há que se falar em suprir uma Lei penal através do arbítrio judicial, aplicando analogia, costumes e princípios gerais do direito. Em âmbito penal, não se pode reconhecer lacunas, a Lei apenas alcança o que ela prevê, pois é a vontade da sociedade. Luiz Regis Prado aduz:

Em penal, os costumes e princípios gerais do direito funcionam, apenas, como instrumentos auxiliares da interpretação da norma em sentido material. São as fontes mediatas (indiretas). Conforme o caso, em tipos abertos, existentes os elementos normativos, torna-se essencial valer-se o intérprete dos costumes vigentes à época, a fim de dar real sentido à norma penal. (2014, p. 88)

Essa é a vedação da interpretação em desfavor do cidadão da Lei penal, o processo lógico para ampliar ou restringir o alcance de uma norma. Muitas vezes o legislador falha em sua função técnica, e não exprime sua vontade efetivamente na Lei, entretanto, o Direito Penal não permite a interpretação que visa trazer encargos negativos ao réu, chamada de interpretação *in malam partem*, por tratar de bens jurídicos indisponíveis, a liberdade do cidadão.

De forma correlata, é vedada também a analogia, até mesmo existindo um princípio chamado de proibição da analogia, ou em latim, *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, proibindo essa prática para criar crimes, fundamentar ou agravar penas. Luigi Ferrajoli afirma que, a proibição da analogia é um corolário ao princípio da estrita legalidade, conforme o mesmo diz:

A *proibição da analogia*, ao contrário, é um corolário do princípio da estrita legalidade. Na medida em que seja possível afirmar que as figuras típicas penais definidas pelas leis, graças a sua adequação ao princípio da estrita legalidade, são verdadeiras ou falsas em relação aos fatos que se examinam, é óbvio que não há lugar para o raciocínio analógico. (2002, p. 308).

---

<sup>5</sup> Para garantir os meios pelo qual o juiz deverá seguir, nosso ordenamento jurídico traz o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Lei nº 4.567), determinando que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Assim, ao ser provocado por uma situação conflituosa que, de forma insuficiente, nosso ordenamento jurídico por si só não é capaz de resolver, a função jurisdicional exige flexibilização do magistrado, que deverá buscar recursos perante essas formas elencadas. Entretanto, esses meios não podem ser utilizados a suprir uma omissão da Lei penal, é uma característica marcante deste ramo do direito.

É a analogia o meio judicial utilizado para suprir lacunas, mas nas leis penais não há lacunas, não pode se interpretar como omissa a Lei.

Se por analogia, em direito pena, entende-se completar o texto legal de maneira estendê-lo para proibir o que a lei não proíbe, considerando antijurídico o que a lei justifica, ou reprovável o que ela não aprova, ou, em geral, punível o que não é por ela penalizado, baseando-se a conclusão em que proíbe, não justifica ou reprova condutas similares, este procedimento de interpretação é absolutamente vedado no campo da elaboração científico-jurídica do direito penal. (ZAFFARONI, 2009, p. 159).

Analogia não é uma forma de interpretação da lei, mas sim aplicação, buscando adequar um preceito posto a um caso em que não há previsão, e ao verificar uma prática dentro da sociedade que não esteja expressa e clara em Lei, a autoridade judiciária em seara penal não pode aplicar a este um crime que guarde semelhança, mas não esteja expressamente previsto em Lei, sem que deixa qualquer dúvida sobre sua aplicabilidade ao caso. A analogia possui até mesmo uma divisão, em duas classes, sendo a *legis* e a *juris*, como afirma Noronha em sua obra:

Dividem os autores a analogia em duas classes: a *analogia "legis"* e a *analogia "juris"*. Com a primeira, procura-se aplicar uma norma legal a um fato; a segunda trata da aplicação dos princípios gerais do direito. (2004, p. 75).

Porém, por mais que exista a vedação quanto a analogia quando esta for utilizada de forma a trazer malefícios ao sujeito, há a possibilidade de se realizar a analogia em favor do réu, a chamada *analogia in bonam partem*, fundada essa na existência de princípios de proteção ao cidadão. Sobre isso, Guilherme Nucci bem conceitua:

Por que se poderia tolerar uma forma de ranhura na legalidade, mas não outra? Há integração de princípios e metas constitucionais para a resposta a tal indagação. Em primeiro plano, ressalta-se a finalidade de existência de direitos e garantias fundamentais, qual seja a de proteger o indivíduo contra os eventuais abusos e excessos do Estado. Logo, a razão de ser da legalidade (...). Em segundo lugar, em processo penal, cultua-se a prevalência do interesse do réu, estampada nos princípios da presunção de inocência e da inviabilidade de exigência da autoacusação. (2015, p. 92).

Assim, conclui-se que o a taxatividade decorre do princípio da legalidade, trazendo diversas pressões, desde a exigibilidade de lei clara e bem determinada, até versando sobre vedações a interpretações *in malam partem*, e por fim tratando da analogia e sua impossibilidade quando trazer prejuízos ao réu.

### 2.3 Princípio da Anterioridade e Irretroatividade da Lei Penal

Esses são princípios distintos, que se complementam, e o que os une é seu caráter ligado ao princípio da legalidade. Inicialmente, cabe falar quanto ao princípio da anterioridade da lei penal, que significa em sua essência a exigibilidade de que o tipo penal exista antes do cometimento do crime, ou seja, crime deve existir ao tempo do fato. Aliás, não apenas a conduta, mas também a pena deve estar prevista ao tempo do fato. Sobre isso, diz Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

Por anterioridade corresponde imediatamente a ideia de que uma lei incriminadora, para que possa ser aplicada a um fato, deve estar em plena vigência antes do cometimento do delito apenado. É decorrência direta do princípio da legalidade penal. Atua como adjetivação daquela garantia. Não é suficiente a existência da lei, mas se faz indispensável que tal existência legal seja anterior à prática do fato definido como crime. (1994, p. 81-82).

Esse princípio valoriza diversos outros direitos e princípios, tais como a reserva legal, a taxatividade e a segurança jurídica, pois traz ao cidadão a segurança<sup>6</sup> de que não poderá ser punido por um fato que não existir ao tempo do crime, e sobre isso completa Guilherme Nucci:

Cultiva-se a garantia de que não serão criadas sanções penais especiais, após o cometimento de um delito, especificamente voltadas a determinado condenado. Do mesmo modo em que busca o juiz natural para julgar a causa, fazendo-o de modo imparcial, quer-se a atuação do Estado-legislador em idênticos parâmetros. (2015, p. 122).

E culminado a isso temos o princípio da irretroatividade da lei, previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XL, bem como no próprio Código Penal, em seu artigo 2º, trazendo a disposição de que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (CF/88).

---

<sup>6</sup> É mister não deixar de notar a disposição acerca da *vacatio legis* em nosso ordenamento, pelo qual, existe um hiato temporal entre a aprovação de uma lei e o momento em que ela começa a vigorar com todos os seus efeitos, sendo como regra 45 (quarente e cinco) dias, para que as pessoas tomem conhecimento da nova lei e se adequem a ela.

É esse princípio que veda a punição de práticas realizadas antes da vigência da Lei penal, sendo também uma garantia ao princípio da legalidade, pois a retroatividade da Lei penal poderia ser uma burla aos casos em que não havia Lei escrita<sup>7</sup>. Entretanto, o próprio texto constitucional traz uma exceção a irretroatividade penal, nos casos em que houver benefício ao réu. como diz Guilherme Nucci:

A retroatividade da lei significa a possibilidade de conferir efeitos presentes a fatos ocorridos no passado, modificando, se preciso for, situações jurídicas já consolidadas, sob a égide de lei diversa. Essa retroação da norma, provocadora de inovações no cenário penal, somente pode ocorrer quando auxiliar, proteger e melhorar a situação do réu ou sentenciado. (2015, p. 125).

Assim, quando a nova lei trazer uma condição menos gravosa, trazendo benefícios a seu alvo, ela poderá retroagir a um fato passado e aplicar a este seus efeitos, como quando, por exemplo, ocorre a *abolitio criminis*, onde a norma exclui uma conduta criminal, ou ainda, se diminui a pena aplicável àquele delito. Entretanto, quando se houver um encargo negativo imputado ao sujeito objeto da Lei, não se pode admitir sua retroatividade.

## 2.4 Formação Histórica do Princípio da Legalidade

O Estado em sua origem era fundado em uma vontade imponente, de líderes tirânicos, pautado pela inexistência de direitos da sociedade. O interesse do Estado era o interesse de seu soberano, e todos aqueles que estavam em seu caminho eram alvos de sua força. Esse modelo de Estado absolutista perdurou por grande parte da história humana, existindo até mesmo nos dias de hoje nações ditatoriais, não fundadas na democracia, mas no poder físico.

Mas entre diversas garantias que o homem buscou ao longo de sua história, a maior conquista contra o poder punitivo estatal é o princípio da legalidade, adotado em toda e qualquer nação que prime pelo respeito aos direitos humanos e fundamentais.

---

<sup>7</sup> A primeira previsão desse princípio se dá na Declaração de Maryland, em 1776, e é reafirmado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948, dizendo que “Ninguém será condenado por ações ou omissões que no momento de sua prática não forem delitivas segundo o Direito nacional ou Internacional. Tampouco será imposta pena mais grave do que a aplicável no momento da comissão do delito” (art. 11.2).

Na origem filosófica do princípio, ainda antes da Idade Média, não existia o princípio da legalidade, ainda nas origens das literaturas humanas, dizia o grande filósofo Platão:

(...) em cada cidade, o governo estabelece as leis tendo em vista sua própria vantagem: o governo democrático estabelece leis democráticas, o tirânico leis tirânicas, o aristocrático, as leis aristocráticas, e os outros da mesma forma. Estabelecidas as leis, declaram que o vantajoso para eles é o justo para os subordinados e punem quem infringe essa norma, como transgressor da lei e culpado de injustiça. Eis, portanto, excelentíssimo, o que eu digo ser justo sempre, em todas as cidades sem exceção: o vantajoso para o governo estabelecido. É ele que tem o poder e, para quem raciocina corretamente, em todos os lugares, o justo é sempre a mesma coisa, a vantagem do mais forte. (1999, p. 20).

Platão nos traz a ideia remota de que, em uma sociedade existem pessoas com funções para que tudo funcione perfeitamente, e caberia as funções legislativas serem exercidas pelos filósofos, pois somente eles conseguiriam atingir o interesse de todos da sociedade de forma isenta, baseado em princípios de justiça e do bem. Nesta época não existia o princípio da legalidade, mas sim a vontade dos governantes sobre os governados, e sobre isso menciona Ricardo Regis Laraia:

O princípio da legalidade é que não existiu. A par do poder atribuído aos governantes de impor regras e de fazê-las cumprir, não se concedeu aos governados a garantia de que haveriam de ser obrigados ou desobrigados de fazer ou deixar de fazer algo somente por meio de regramento emanado do poder estabelecido. Menos ainda, se lhes assegurou esse poder deveria ser exercido em seu benefício, e não no de seus governantes. (2008, p. 27).

Assim, por mais que os filósofos gregos já vislumbravam o poder que as normas possuem, não há que se falar na existência do princípio da legalidade neste período, sendo suprido este pela existência dos costumes e pela vontade dos líderes, conforme bem explica Luigi Ferrajoli:

É duvidoso que se possa falar de um princípio da legalidade propriamente dito no direito grego, no qual o costume ocupava um amplíssimo espaço, a lei escrita tinha somente o valor de um argumento probatório e a predeterminação do objeto da acusação, como foi visto no parágrafo 10.4, ficava confiada, mais do que à lei, ao mecanismo do *status*. (2002, p. 308).

E ao longo da história foram surgindo alguns indícios de que o homem começara a esboçar em seus pensamentos lúdicos a ideia de que deveria existir

alguma forma de controle, mas como grande parte de todo nosso direito, suas bases começam a se formar no Direito Romano.

#### 2.4.1 Direito romano

O povo Romano tinha ideias extremamente avançadas para o seu tempo, no que tange a aplicação de leis, e quando se tratava de direito penal não era diferente. Em sua estrutura não era vedada a punição *sine lege*, e a base de seu direito penal era formado à proporção dos casos concretos que iam surgindo. Sobre isso, menciona Vicente Amêndola Neto:

No primitivo direito penal romano, formado à proporção de que surgiam os casos concretos, não era punida a punição *sine lege*. Ao tempo do governo dos magistrados, em conjugação com o tribunal do povo, já havia prefiguração de vários crimes (e prefixações de penas), mas o tribunal popular podia declarar puníveis outras ações não previstas. (1997, p. 32).

Assim, já existiam normas que traziam crimes e penas, mas o Tribunal, até mesmo uma base do que conhecemos como Tribunal do júri, chamado na antiguidade de Tribunal do povo, podia criar outras ações que não estavam previstas em lei. Eventualmente, foi feita a substituição do Tribunal do povo pelo processo das *quaestiones*, e isso representou uma grande mudança, e sobre isso, Maurício Antonio Ribeiro Lopes assinala:

Quando, porém, ulteriormente, o tribunal popular foi substituído pelo processo das *quaestiones* e a jurisdição penal passou gradativamente para o tribunal os jurados, uma ação só podia ser punida se estivesse precisamente incriminada. Não podia ser punido um fato reprovável só porque fosse merecedor de pena. (1994, p. 37).

Com isso, se inicia um esboço do que viria a ser o princípio da legalidade em nossos tempos, por onde passava a ser vedada a analogia, e os juízes a atuarem em sua função decisória estavam vinculados aos crimes e penas com previsão, em face das chamadas *leges Corneliae e Juliae*, que trouxeram o *oro judiciorum publicorum*.

Entretanto, ainda que existisse essa previsão, a garantia de que não haveriam punições fora estas nunca foi absoluta e permanente, que foi até mesmo alterado posteriormente, para a instauração da *cognitio extraordinária*, na qual o

magistrado possuía grande liberdade de arbítrio, sendo possível a aplicação de analogias para crimes. Vicente Amêndola Neto explica isso:

Com o advento, porém, do processo senatório-consular e do concomitante tribunal imperial, repudiou-se o princípio da legalidade rígida. Instituiu-se o processo *extraordinário*, e as fontes do direito penal passaram a ser, além das antigas leis populares, a *Constituio* imperial, o *rescriptum*, o direito municipal, o direito local, a *consetudo* radicada no *usus fori*. Permitia-se a interpretação extensiva e mesmo a analogia (...). (1997. p. 34).

Mas a contrário senso, a arbitrariedade não era absoluta, era possível a prática de interpretação judicial, pela aplicação da analogia, mas o juiz estava adstrito a consultar as fontes mencionadas anteriormente, e caso não houvesse qualquer norma que pudesse, de forma ínfima se adequar, a conduta não seria punível.

#### 2.4.2 Direito medieval

Avançando no tempo, chegamos ao período medieval, na chamada de idade média, onde existia a prevalência do Direito Consuetudinário, que estava acima da lei escrita, e servia como instrumento para aplicações arbitrárias pelos juízes, na grande maioria dos casos para atender os interesses do rei soberano que estava acima do povo. Essa grande disparidade é muito mais visível na antiga França, mas estava presente em outros países europeus, e representava sobretudo o medo das pessoas. É o que diz Vicente Amêndola Neto:

Foi a idade de ouro das *penas arbitrarias*. Ao juiz só era vedado, quando muito, excogitar uma espécie nova de pena. E ao lado do arbítrio do juiz ainda havia o arbítrio do rei, que foram atestado, em França, as célebres *letres de cachet*. (1997, p. 36).

Além disso, as práticas de analogia eram escancaradas, e aliado a isso estava a falta de um devido processo legal, por um sistema onde o juiz agia como a única figura processual, sendo o acusador e julgador ao mesmo tempo, e por conta disto não haviam limites.

Sobre isso, menciona Maurício Antonio Ribeiro Lopes, acerca das interpretações por analogia:

Mesmo nas codificações mais avançadas da época não se proibia o emprego da analogia, previsto expressamente pela *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), o *Codex Juris Bavarici Criminalis* de 1751 e pela *Constitutio Theresiana* de 1768. (1994, p. 38).

Assim, durante este período, ressaltando raros momentos da Roma antiga, predominava uma ideia limitada do poder do cidadão, e sobre isso diz Ricardo Regis Laraia:

A ideia de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em decorrência de lei, não existiu na Idade Antiga e na Idade Média, da mesma maneira que hoje é concebida. Por muito tempo prevaleceu a noção de que as normas seriam ditadas em vista do imediato interesse do governante e, circunstancialmente, com vistas ao interesse mediato da comunidade. Ao soberano incumbia reger as relações sociais, cabendo aos governados tão somente cumprir as determinações sem questionamentos de nenhuma parte quanto ao limite do poder de um sobre o outro. (2008, p. 26).

Entretanto, embora pareça ser amedrontador, foram essas práticas que vieram a nos trazer diversos direitos que possuímos hoje, e ainda nesses tempos existiam países que demonstravam indícios dos primeiros passos para o surgimento desse princípio, tal como na Alemanha e Itália. Foi nesse período, principalmente na França, que surge o revolucionário iluminismo, trouxe os ideais de liberdade e igualdade, buscando a diminuição do poder estatal, retirando seu caráter absolutista, e passando seu poder ao povo, como será comentado a frente.

### **2.4.3 Direito inglês e iluminismo**

Foi então, no Direito da Inglaterra, no ano de 1215, na famosa Magna Carta (*Magna Charta Libertatum*), do rei João Sem Terra, que pela primeira vez positivou o princípio da legalidade, ainda de forma primitiva, com os dizeres:

nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país. (1215, art. 39).

Não há dúvidas que tal preceito vinha como uma forma de garantia ao cidadão inglês, como uma forma de repressão ao poder ilimitado do Estado, uma forma de liberdade perante o arbitro condicionado à vontade daqueles que detinham

o poder, a fim de deixar os tempos de escuridão para trás. Sobre isso, diz Guilherme Nucci:

Contrapõe-se a liberdade individual, garantida pelos costumes da sociedade, diante da vontade do soberano, muitas vezes despótica e arbitrária. Nasce o direito humano fundamental de somente haver punição quando o Estado joga às claras, criando figuras delituosas antes de qualquer fato lesivo ocorrer, conferindo segurança a todos os membros da sociedade. Ademais, a sanção penal também não será desmedida e inédita, visto igualmente respeitar o conteúdo prévio da lei. (2018, p. 160).

Ela trouxe não apenas o princípio da legalidade em sua origem, mas também a previsão de devido processo legal, onde não apenas deve estar previsto em lei, mas também condicionado a um julgamento “pelos seus pares”, conforme menciona o próprio texto normativo. Sobre isso, discorre Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

Este preceito continha, sem dúvida, a ideia fundamental delimitação da autoridade do Estado em face da liberdade individual, que, no século XVII, Locke haveria de desenvolver e, no século XVIII, Montesquieu retomaria cristalizando-a com sua célebre obra. (1994, p. 39).

Em sua origem, a Magna Carta trazia a expressão *by the Law of the land* baseada na lei da terra, sendo alterada posteriormente para *due process of Law* (devido processo legal), sem que houvesse alguma alteração substancial em seu conteúdo, mas de forma a diferenciar o devido processo legal da legalidade, e trazendo ainda mais direitos. Por mais que conseguimos ver o Princípio da Legalidade positivado pela primeira vez, isso não significa que ele foi completamente desenvolvido e utilizado por outros países do mundo.

Em ordem cronológica, posteriormente tivemos em 1532 a Constituição Carolina germânica, que trouxe previsão parecida, mas foram as ideias posteriores que fizeram com que grande relevância fosse dada a esse princípio. O iluminismo é o grande responsável não pela criação, mas pelo desenvolvimento e forças dada a esse princípio, que fizeram dele uma das maiores garantias e direitos que possuímos contra o Estado, e isso se deve a alguns autores da época, entre eles filósofos e contratualistas, e sobre isso menciona Luiz Regis Prado:

Origina-se no ideário da Ilustração (Montesquieu, Rousseau), em especial na obra *Dei delitti e delle pene* (1764), de Beccaria, e deve sua formulação latina -*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* - a V Feuerbach

(Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts - 1810). (2014, p. 106).

Existia neste período os contratualistas, como Hobbes e Rousseau, que buscavam justificar o Estado absolutista, e contra isto os ideais iluministas, preconizando a limitação do poder estatal. Montesquieu, em sua obra *Espírito das Leis* (1748), trouxe a separação dos poderes, dando força a Carta Magna de João Sem Terra, ao dizer que caberia ao legislativo criar normas.

(...) o Poder Judiciário não podia, sem usurpação de função do Poder Legislativo, incriminar fatos ou irrogar penas. O juiz deve limitar-se a lei a lei e aplicar-lhe fielmente o texto. *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce Les paroles de la loi*. A divisão dos poderes é a garantia da liberdade individual. (NETO, 1997, p. 41).

Posteriormente tivemos Beccaria, com sua obra dos delitos e das penas, no ano de 1764, que trouxe o princípio da legalidade, por suas palavras:

“A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda sociedade unida por um contrato social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade, pena essa superior ao limite fixado pelas leis, que é a pena mais justa acrescida de outra pena. Portanto, o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida para um delinquente cidadão.” (1999, p. 30).

Em anos tão remotos já tínhamos os ensinamentos de Cesare Beccaria, através de uma profunda análise sobre o Estado, na ótica do contrato social e dos princípios existentes ao seu tempo, nos dando uma ideia que usamos até hoje acerca do princípio da legalidade.

Ainda, é importante destacar a figura de Feuerbach, na Alemanha, por meio de sua obra “Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts” (1810), que trouxe a nomenclatura latina que conhecemos, *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, e sobre isso discorre mais uma vez Vicente Amêndola Neto:

(...) na Alemanha, FEURBACH teve o mérito de demonstrar que o princípio da legalidade, além do seu fundamento político, atendia a um critério nitidamente jurídico-penal: a função da ameaça penal é exercer em geral *coação psicológica* impeditiva do crime (teoria já esboçada por WOLFF), justificando-se a efetiva aplicação da pena quando alguém, apesar do

conhecimento dessa ameaça não se abstém de praticar o fato proibido *sub poena*. (1997, p. 43).

Feuerbach não trouxe em si o princípio da legalidade, pois esse já existia, mas a nomenclatura que utilizamos no idioma latino se deve a sua obra e estudos, bem como o entendimento no sentido da tipicidade, e sobre isso diz Guilherme Nucci:

A construção do princípio latino, hoje universalmente conhecido, constituído pelo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, deveu-se a FEUERBACH. Consagrado o brocardo, espalhou-se por vários textos legais e constitucionais. O seu sentido é captado no cenário da tipicidade, fazendo com que o operador do direito busque adequar o fato concreto ao modelo legal abstrato, previsto no tipo penal incriminador. (2018, p. 60).

E diante da história houveram documentos que positivaram a legalidade, por influências da Magna Carta. Em 1689 houve o *Bill of Rights*, trazendo em seu art. 7º, *in verbis* “Que os súditos protestantes podem ter, para a sua defesa, as armas necessárias à sua condição e permitidas por lei”, além de diversos outros artigos que buscavam trazer garantias processuais.

Com grande destaque temos também a Congresso de Filadélfia, em 1774, bem como a Constituição Americana, em 1787, que em seus textos normativos fizeram por incluir o princípio da legalidade. Porém, é com a Declaração de Virgínia que realmente se inicia o reconhecimento legislativo, conforme leciona Luiz Regis Prado:

O reconhecimento legislativo do princípio da legalidade se inicia com a Declaração de Virgínia, de 1776, passa pela Josephina austríaca, de 1787, e, finalmente, chega ao seu momento culminante com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Em época posterior, com o Código Penal francês de 1810 (art. 4.º), propaga-se por todas as legislações penais contemporâneas. (2014, p. 107).

Outrora mencionamos como o Estado absolutista era presente no reino Francês, e contra isso, surge então, em 1789, a Declaração de Direitos do Homem e Cidadão, em decorrência da Revolução Francesa.

Essa previsão trouxe ao cidadão francês a garantia de que o Estado não mais agiria de forma arbitrária em sua vida, prevendo em seus artigos 7º e 8º da seguinte forma.:

Art. 7º: Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser castigados; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da Lei deve obedecer imediatamente, senão torna-se culpado de resistência.

Art. 8º: A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Assim, é constatado que, a formação e positivação do princípio da legalidade não se deu de forma imediata, mas por uma luta constante e duradoura, e sobre isso, conclui Cezar Roberto Bitencourt:

as ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o *Estado Absolutista*, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses *princípios limitadores* passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão. (2016, p. 49).

Modernamente, existem não apenas previsão nas Constituições de cada um dos países, mas também em vários documentos internacionais, como tratados, que trazem este princípio positivado, como um direito humano.

## 2.5 O Princípio da Legalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Diferente de outros países, como o Estados Unidos da América, que possui uma Constituição classificada como histórica, de 1789, formada em um processo de luta, e desde então apenas foi alterada algumas vezes, o Brasil possui diversas Constituições ao longo de sua história, sendo elas classificadas como dogmáticas, feitas com base em dogmas ou ideias fundamentais da sociedade que vive naquele determinado período, buscando sempre se atualizar, e o princípio da legalidade sempre esteve presente em nossas constituições.

Nossa primeira Constituição data de 1824, e trazia o princípio da legalidade em seu artigo 179, incisos I e XI, tendo claras influências das Constituições Francesa e Portuguesa, em grande parte pelo momento em que vivia o Brasil, durante uma monarquia, pertencendo ainda a Portugal, dizendo no inciso I “nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão

em virtude de lei”, e no inciso XI “ninguém será sentenciado, senão pela competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta”.

Cabe dizer que essa previsão trazia não apenas a reserva legal, mas também a anterioridade da lei penal, sendo que ainda, o inciso III do mesmo artigo 179 trazia a irretroatividade de qualquer espécie de lei. Neste período não havia um Código Criminal, que apenas foi sancionado em 1830, que também trouxe o princípio da legalidade em seu artigo 1º, dizendo que “Não haverá crime ou delicto sem uma Lei anterior, que o qualifique”.

Posteriormente, em 1891 surge a segunda Constituição do Brasil, pós independência da nação, que ocorreu em 1889, porém, a primeira Constituição do Brasil como república federativa independente só passou a existir 02 (dois) anos depois, e trazia em seu corpo o artigo 72, §15º, dizendo “ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada). Este texto foi alterado por uma Emenda Constitucional no ano de 1926, para dar mais clareza ao dispositivo.

Posteriormente, surge outra Constituição no Brasil, em 1934, que também trazia o princípio da legalidade em seu texto, previsto no artigo 113, §26, ao dizer que “ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ella prescripta.”.

Entretanto, foi uma efêmera constituição, vez que em 1937 foi aprovado um novo texto constitucional, a conhecida Constituição Polaca, baseada na Constituição Polonesa, outorgada. Ela trazia o princípio da legalidade em seu art. 122, §13º, ao dizer “as penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores”.

Porém, seguinte a este dispositivo existia o artigo 123 do mesmo texto constitucional, que trazia uma limitação da abrangência do próprio princípio da legalidade penal, representando que, poderia ser mitigada a aplicação de tal princípio em presença de um desses valores elencados pelo próprio artigo, tais como o bem público, as necessidades de defesa, paz e ordem coletiva, etc.

Art. 123: A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e

do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.  
(grifos próprios).

Diferente de todas as outras Constituições brasileiras, essa foi a única a trazer uma limitação a esse princípio, uma vez que foi imposta por Getúlio Vargas, após instaurar o chamado Estado novo, pelo qual se inspirou nos movimentos nazistas e fascistas, que traziam uma grande tendência ao autoritarismo. Sobre isso, menciona Francisco de Assis Alves:

Era de se esperar que a Constituição de 1937 criasse restrições aos direitos individuais e às garantias. Sua origem depunha contra vários princípios de obrigatoria inclusão nos textos constitucionais regradores de regime democrático. Por isso, nela não foram albergados os princípios da legalidade, de irretroatividade da lei e, tampouco, o mandado de segurança, orgulhosamente inaugurado pela Carta Política de 1934. (1985, p. 44)

Com a 2ª Guerra Mundial o mundo presenciou diversos abusos aos direitos do homem e assim surge o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e para garantir sua aplicação, muitos países precisaram reafirmar suas normas fundantes. E então, nesse contexto, surge uma nova Constituição brasileira, no ano de 1946, que trazia o princípio da estrita legalidade em seu artigo 141, primeiro em seu §27º, ao dizer “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior, e o §29, *in verbis*, “A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu”.

A doutrina reconhece tal Constituição como uma das mais avançadas para sua época, no que se refere a direito e garantias, trazendo um caráter muito mais humanitário, reforçando os valores de fraternidade que surgem com a 2ª Guerra Mundial, pelo surgimento da 3ª dimensão ou geração dos Direitos Fundamentais, e sobre isso, menciona Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

Ressente-se esta falta de definição e caracterização doutrinárias, dado o seu cunho acentuadamente eclético, como a Constituição de 1934. O certo é que seu espírito foi muito mais democrático e é unânime na doutrina o reconhecimento de que ela fora, dentro todas Constituições, a que permitiu o maior avanço das instituições de um Estado de Direito. (1994, p. 180).

Tempos depois a nação brasileira passou por uma crise política, iniciada no final da década de 50, resultando em aquilo que muitos chamam de “golpe militar”, sendo outorgada uma nova Constituição no Estado brasileiro em 1967, prevendo o princípio da legalidade em seu artigo 150, que de forma posterior

foi alterado pela Emenda Constitucional nº 1, em 1969, colocando o referido texto dentro do artigo 153, §16, dizendo que “a instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.

Por fim, o ano de 1986 é feita a eleição de uma Nova Assembleia Constituinte, que criou a Constituição Federal brasileira, sendo promulgada no ano de 1988, sendo extremamente completa, trazendo em seu texto uma enorme quantidade de direitos e garantias, e entre eles o princípio da estrita legalidade, como já mencionado anteriormente, em seu art. 5º, inciso XXXIX, ao dizer “não há crime sem lei anterior que o define, nem pena sem prévia cominação legal”.

Desta forma, é evidente a presença do princípio da legalidade desde nossa primeira Constituição, sempre garantindo ao cidadão o direito a sua liberdade na forma mais pura possível.

## **2.6 O Princípio da Legalidade nos Tratados Internacionais**

O Brasil é signatário de diversos tratados que versam sobre direitos humanos, e dentre esses direitos há o princípio da legalidade. O primeiro tratado que podemos destacar é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, por onde em seus artigos XI e XXIX descrevem:

### Artigo XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

### Artigo XXIX

2. No exercício de seus direitos e liberdade, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências de moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Também, há previsão expressa da estrita legalidade no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, de 1966, que somente entrou em vigor no Brasil em 24 de abril de 1992, por onde em seus artigos 9º e 15º diz:

ARTIGO 9 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

ARTIGO 15 1. Ninguém poderá ser condenado por atos omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco se poderá impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.

Por fim, é importante dar o devido destaque a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do Pacto de San José da Costa Rica, que foi criado em 1969, porém somente entrou em vigor no Brasil em 25 de setembro de 1992, que traz o princípio da legalidade em seu artigo 9º, ao dizer:

Art. 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

Assim, o princípio da legalidade demonstra mais uma vez sua importância, estando presente não apenas em nossa Constituição Federal, mas em três Tratados Internacionais assinados e ratificados pelo Brasil, de forma a não deixar qualquer dúvida sobre essa proibição em nosso ordenamento jurídico.

### 3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Em sua origem, o homem vivia em completa escuridão, com conhecimentos primitivos, de forma nômade e em pequenos grupos, utilizando toda matéria prima que encontrava apenas com fim de subsistência, sem qualquer organização. Doravante, o homem adquiriu conhecimento, por meio de suas experiências mundanas, e passou a viver em assentamentos, feitos em regiões prósperas, se tornando assim sedentário, e surgindo os primeiros moldes de uma sociedade. É o que Aristóteles fala em sua obra *A política*, ao afirmar que o homem é um animal político por própria natureza, como discorre:

Agora é evidente que o homem, muito mais que a abelha ou outro animal gregário, é um animal social. Como costumamos dizer, a natureza nada faz sem um propósito, e o homem é o único entre os animais que tem o dom da fala. Na verdade, a simples voz pode indicar a dor e o prazer, e outros animais a possuem (sua natureza foi desenvolvida somente até o ponto de ter sensações do que é doloroso ou agradável e externa-las entre si), mas a fala tem finalidade de indicar o conveniente e o nocivo, e portanto também o justo e o injusto. (1985, p. 16).

Portanto, está na natureza do homem se juntar a outros, que o conduziu a evoluir e se desenvolver, e formar sociedades. De forma natural, as primeiras sociedades tinham muitos problemas, sem possuir organização, no máximo existiam líderes escolhidos pelo vigor humano, vez que não existiam leis escritas, mas apenas os costumes, e os conflitos eram apenas resolvidos por meio da força. Independente do conceito ou concepção adotada para sociedade, é certo que em certo ponto o homem precisou se estruturar e se organizar em grupo, buscando a prosperidade e evolução. Sobre isso, leciona Marcus Cláudio Acquaviva:

Todavia, a palavra *Estado*, agora com *E* maiúsculo, denomina, modernamente, a mais complexa e perfeita das sociedades civis, qual seja, a sociedade *política*, que poderia ser conceituada como a “sociedade civil politicamente soberana e internacionalmente reconhecida, tendo por objetivo o bem comum aos indivíduos e comunidades sob seu império. (2010, p. 12).

É assim que surgem o Estado pela primeira vez. Em sua concepção semântica, não se utilizava a palavra Estado de forma propriamente dita, mas os Gregos e Romanos usavam os termos *polis* e *res publica*.

Foi somente com a notória obra de Nicolau Maquiavel, *O príncipe*, que o termo Estado foi utilizado pela primeira vez, e desde então o termo foi pacificado. A relação Estado Sociedade é necessária, ambos são dependentes para a própria existência. Sociedade é uma forma de organização, que só é possível ser alcançada e se manter estruturada junto ao Estado. Sobre isso, expressa Paulo Bonavides:

Os conceitos de Sociedade e Estado, na linguagem dos filósofos e estadistas, têm sido empregado ora indistintamente, ora em contraste, aparecendo então a Sociedade como círculo mais amplo e o Estado como círculo mais restrito. A sociedade vem primeiro; o Estado, depois. (2000, p. 70).

Paulo Bonavides em sua obra leciona o pensamento de Jellinek, que define o Estado como aquele que, dentro dos conflitos de interesse que permeiam a sociedade, representa a vontade de todos, e a impõe de forma indistinta. Entretanto, o melhor conceito de Estado político vem de Rousseau, em sua teoria do contrato social, através da seguinte concepção de que o Estado seria uma forma de associação, para proteção do interesse de todos, abdicando em parte de sua liberdade para buscar o bem comum.

A partir do momento que o homem passa a viver em sociedade, regida por um Estado, surge uma preocupação quanto ao arbítrio dos governantes e os abusos que poderiam ocorrer. Por muito tempo existiram as monarquias e os governos absolutistas, marcados pela concentração do poder estatal em um homem, com poder sobre a vida de todos e renomados estudiosos buscaram estabelecer dentro do estudo estatal como este ente poderoso e necessário deveria ser visto, quais seus limites, conforme explica Marcus Cláudio Acquaviva:

Desde que, por natural tendência, o homem passou a viver em sociedade, uma de suas maiores preocupações foi evitar o arbítrio dos governantes e seus indesejáveis efeitos, dentre estes a insegurança imposta à liberdade individual. Por isso, os mais antigos e respeitados pensadores já buscavam delinear soluções para o controle do poder político. (2010, p. 43).

Era necessária alguma forma de se defender contra o poder imoderado dos governantes, e então, pensadores ao longo do tempo desenvolveram o princípio da separação dos poderes, com a finalidade desconcentrar o poder soberano do Estado das mãos de um único homem, e dar representatividade ao próprio povo, separando o Estado em funções e órgãos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho narra a importância da limitação do poder do Estado:

Repugna ao pensamento político contemporâneo a ilimitação do poder. Ao contrário, é arraigada a convicção de que o poder, mesmo legítimo, deve ser limitado. Isto porque, na famosa expressão de Lord Acton, “todo poder corrompe”, inclusive o democrático. (2012, p. 648-649).

É através dessa separação que a sociedade se protege contra as arbitrariedades e opressão de seus governantes, dividindo o Estado em órgãos ou poderes, exercidos por pessoas distintas, mas em harmonia. O princípio da separação dos poderes se dá por um intenso processo evolutivo, que remota os tempos mais antigos, se consolida pelos ideais de Montesquieu, para por fim se positivar na Constituição Federal brasileira.

### **3.1 Separação de poderes segundo Aristóteles**

Aristóteles foi um filósofo que viveu durante o período da Grécia Antiga, de 384 a 322 a.C, discípulo de Platão, e escreveu uma importante obra no estudo do Estado e seus elementos, chamada de *A Política*, onde definiu, segundo suas ideias, como deveria ser uma constituição:

Todas as formas de Constituição apresentam três partes em referências às quais o bom legislador deve examinar o que é conveniente para cada Constituição; se estas partes forem bem ordenadas a Constituição será necessariamente bem ordenada, e na medida em que elas diferem uma das outras as Constituições também diferem entre si. Destas três partes uma trata da deliberação sobre assuntos públicos; a segunda trata das funções públicas, ou seja: quais são as que devem ser instituídas, qual deve ser sua autoridade específica, e como devem ser escolhidos os funcionários; a terceira trata de como deve ser o Poder Judiciário. A parte deliberativa é soberana quanto à guerra com a paz e a formação e dissolução de alianças, quanto às leis, quanto às sentenças de morte, de exílio e de confisco da propriedade, e quanto à prestação de contas dos funcionários. (1985, p. 151).

Como visto neste trecho, Aristóteles trouxe os primeiros esboços da chamada “tripartição dos poderes”, através de uma sistematizada das constituições, para que o poder soberano do Estado fosse dividido sobre três funções distintas, de criar leis, de administrar por meio das leis, e por fim de aplicar as leis, e sobre isso, Pedro Lenza extrai tal entendimento:

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. (2019, p. 864-865).

O primeiro poder ou função segundo Aristóteles era o deliberativo, que estaria responsável acerca dos negócios do Estado, exercida pelos cidadãos nas assembleias, tendo como função básica criar leis, e discutir outras questões. Pelo sistema de governo da época, esse poder devia ser exercido por todos os cidadãos, durante as assembleias.

O segundo poder ou função era dos magistrados, onde deviam ser escolhidos entre os cidadãos alguns para exercerem as funções públicas, de administração por meio das leis, sendo divididas essas funções por várias formas, como por regiões ou cidades. Sobre isso, diz Aristóteles:

Não é fácil determinar as espécies de atribuições às quais é aplicável o nome de função pública, pois a comunidade política necessita de um grande número de funcionários, e por isto não é possível considera-los todos ocupantes de funções de governo, sejam eles escolhidos pelo voto ou por sorteio; o primeiro exemplo são os sacerdotes (esta função deve ser tida como diferente de certo modo das funções políticas); depois há os coregas e os arautos, e também há os escolhidos para serem embaixadores. (1985, p. 155).

Por fim, existia a função judiciária, com a finalidade de aplicar as leis, sendo o critério de escolha dos juízes a pessoa com seus conhecimentos, sua área de atuação e o modo de designação. Notória é a divisão de Aristóteles, dividindo o Estado em três funções, mas sua teoria não sugere a criação de órgãos específicos e independentes entre si, mas apenas os descrevia. É a ideia do poder uno, as funções emanavam do mesmo poder, mas devem ser exercidas por pessoas diferentes.

Essas funções trazidas por sua obra são muito parecidas com as que temos hoje, diferenciando-se muito pela linguagem utilizada, e por algumas atribuições que hoje possuem funcionamento diverso. Mas a principal característica da teoria trazida por Aristóteles era a descentralização do poder das mãos de um único soberano ou uma única classe poderosa, passando está para o povo como um todo, e sobre isso, Nuno Piçarra diz:

(...) constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político. (1989, p. 31).

Essa forma de constituição idealizada por Aristóteles visava diminuir as desigualdades dentro de uma mesma sociedade, de forma que não haveria preponderância de qualquer classe sobre outra, e, diante disto, Nuno Piçarra entende haver uma ideia de equilíbrio entre as classes sociais de uma sociedade. Entretanto, o ideal de Aristóteles, ainda que posto em um tempo remoto, ficou no vácuo durante grande parte da histórica humana, e o mundo tornou-se em grande parte absolutista.

### 3.2 O Ideal Liberal de Separação dos Poderes Segundo John Locke

A segundo grande corrente de pensamento que discorreu sobre a teoria da separação dos poderes foi inaugurada por John Locke, conhecido com o um dos teóricos contratualistas e considerado pai do empirismo, através de sua obra *Segundo Tratado sobre o governo civil*, no ano de 1689. É certo que a partir do século XVII surgiram ideias que posteriormente consolidaram por toda Europa uma monarquia absoluta, fundada sobre um poder político excessivo, aplicado sobre todos, indistintamente, conforme denota Paulo Bonavides:

O século XVII servira de apogeu à justificação, propagação e consolidação da doutrina da soberania. Esta doutrina extraiu-se de uma imposição casuísta do poder — o poder do monarca, gradativamente edificado e ampliado e afirmado no curso das dissensões e antinomias medievais, como absoluto e supremo, quer do ponto de vista interno, quer do ponto de vista externo. Externamente, fundava-se a independência do Estado moderno, favorecido pelos antigos combates do Imperador germânico com o pontífice romano e internamente erguia-se um centro de autoridade incontrastável na cabeça visível do monarca de direito divino ou de poderes absolutos. (2000, p. 171).

Neste período vigorava o absolutismo, pelas próprias ideias de Thomas Hobbes, que defendia a centralização do poder e seu caráter ilimitado. O pensamento que reflete esse período dentro da Europa é a frase de *Luís XIV*, “*L’État c’est moi*”, traduzida como “o Estado sou eu”.

Essa concentração gerou caos dentro dos países europeus, levando sociedades à degeneração, em decorrência aos abusos e arbitrariedades do poder soberano. Contraposto a estes ideais estava John Locke, defensor do liberalismo, tomando uma vertente contrária ao absolutismo monárquico, almejando a descentralização do poder das mãos de um único governante, fundado principalmente em suas ideias de direitos naturais. Em sua obra, Locke diz:

A liberdade natural do homem deve estar livre de qualquer poder superior na terra e não depender da vontade ou da autoridade legislativa do homem, desconhecendo outra regra além da lei da natureza. A liberdade do homem na sociedade não deve estar edificada sob qualquer poder legislativo exceto aquele estabelecido por consentimento na comunidade civil; nem sob o domínio de qualquer vontade ou constrangimento por qualquer lei, salvo o que o legislativo decretar, de acordo com a confiança nele depositada. (2001, p. 95).

O tema de separação dos poderes ganhou um grande desenvolvimento com John Locke, definindo três poderes distintos, com funções próprias, através de uma nova idealização. Existiriam os poderes executivo, legislativo e federativo, não tendo equilíbrio entre eles, vez que o poder legislativo era considerado o mais importante, por ser o responsável por criar as normas.

(...) a primeira lei positiva fundamental de todas as comunidades políticas é o estabelecimento do poder legislativo; como a primeira lei natural fundamental, que deve reger até mesmo o próprio legislativo, é a preservação da sociedade e (na medida em que assim o autorize o poder público) de todas as pessoas que nela se encontram. O legislativo não é o único poder supremo da comunidade social, mas ele permanece sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade um dia o colocou; nenhum edito, seja de quem for sua autoria, a forma como tenha sido concebido ou o poder que o subsidie, tem a força e a obrigação de uma lei, a menos que tenha sido sancionado pelo poder legislativo que o público escolheu e nomeou. Pois sem isso faltaria a esta lei aquilo que é absolutamente indispensável para que ela seja uma lei, ou seja, o consentimento da sociedade, acima do qual ninguém tem o poder de fazer leis; exceto por meio do seu próprio consentimento e pela autoridade que dele emana. (LOCKE, 2001, p. 163).

Segundo Locke, o Poder Legislativo era supremo por ir contra ao poder absoluto arbitrário, já que as próprias normas regem toda a sociedade, e essas tinham apenas uma finalidade, o bem do povo. Já o Poder Executivo, segundo a concepção de Locke, seria o responsável por aplicar as leis, vez que aquele que cria as leis não estão aptos a aplica-las, podendo gerar um conflito na obediência. Locke mais uma vez assimila:

(...) não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo. (2001, p. 171).

E ainda, Locke entendia que as normas não eram eternas, mas deviam ser adequadas ao momento em que aquela sociedade se encontrava, e, portanto, era necessário que existisse um poder permanente, para vigiar a execução das leis criadas pelo poder legislativo.

Por fim, existia um terceiro poder, chamado de Poder Federativo, porém, tanto o poder Federativo quanto o Executivo deviam ser exercidos pela mesma pessoa, sob o risco de advir um conflito de comandos, e, portanto, por mais que representassem poderes distintos, não poderiam ser separados, e sobre este poder mencionava Locke:

Este poder tem então a competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil; se quisermos, podemos chamá-lo de federativo. Uma vez que se compreenda do que se trata, pouco me importa o nome que receba. (2001, p. 172).

Em sua ideia, o Poder Executivo era o responsável pela execução das leis internas, e o Poder Federativo se preocupava com o interesse público externo, com outras nações, sobre questões que podiam trazer benefícios ou prejuízos. Sobre isso, discorre Marcos Cláudio Acquaviva:

A par do Poder Executivo, Locke vislumbra certo Poder *Federativo*, apto a cuidar da guerra e da paz, firmar alianças e acordos com todas as pessoas e sociedades políticas internacionais. Esses dois Poderes, Executivo e Federativo, embora distintos, compreendendo um a execução das leis municipais da sociedade dentro de seus próprios limites sobre todos os que dela fazem parte e outro a gestão da segurança e do interesse e o público externo, com todos aqueles de que ela pode receber benefícios ou injúrias, quase sempre estão unidos. (2010, p. 45).

Dentro do poder executivo Locke ainda afirmava existir a prerrogativa, pensamento parecido com algumas ideias da Constituição da Inglaterra na época, por onde seria possível a existência de uma forma de arbitrariedade ao príncipe, na busca do bem da sociedade, quando a lei for lacunosa ou omissa, para que não

houvesse uma vinculação absoluta na leis imperativas e imutáveis, pois isso representa um perigo muito grande, que poderia trazer injustiças.

Por fim, sua concepção não trazia um poder judiciário, uma vez que esse poder estaria subordinado ao soberano, pelo fato do o mesmo ter a função de escolher os “juízes”, e este poder estaria vinculado à vontade do Rei, e ainda, culminado a isso, sua função como chefe do executivo é executar as leis, e esse é o principal fator que diferencia sua teoria da de Montesquieu.

### 3.3 Montesquieu e a Teoria Tripartite

No ano de 1748, Charles-Louis de Secondat, conhecido como Montesquieu por seu título de barão, publicou uma obra de valor imensurável, *O espírito das Leis*, por onde trouxe a teoria tripartite, apresentando a separação das funções do Estado em três poderes, o Legislativo, o Executivo, e o Judiciário. Montesquieu (2000, pág. 167), *in verbis*, “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil”

Sua teoria vem posterior a John Locke, mas na mesma linha contra absolutista, com importância descabida, não sendo importuno dizer que foram os ideais de Montesquieu que revolucionaram toda estrutura estatal, e colocou abaixo o absolutismo, criando a separação dos poderes, conforme afirma Pedro Lenza:

Essa teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos, como as revoluções americana e francesa, caracterizando-se, na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16, como verdadeiro dogma constitucional. (2019, p. 856).

Porém, a própria doutrina diverge sobre quem é o real idealizador original do princípio da separação dos poderes. Há quem afirma ser Locke o criador desta teoria, que apenas foi cristalizada por Montesquieu, mas também há aqueles que afirmam que na realidade Locke não trouxe a teoria tripartite, mas apenas distinguiu as funções estaduais.

É o que bem discorre André Ramos Tavares, mencionando o debate sobre a própria origem teórica:

Há os que consideram, como Marcello Caetano, ser Locke seu autor original. Outros, atribuindo a Montesquieu a autoria da doutrina, consideram Locke mero precursor. Finalmente, há os que não admitem na obra de Locke nenhuma doutrina da separação dos poderes, entendida como exigência de equilíbrio, mas apenas uma distinção das funções estaduais, como Carré de Malberg. (2012, p. 1197).

Mesmo assim, grande parte da doutrina, com destaque a Nuno Piçarra defendem que, Locke é apenas um precursor do pensamento de Montesquieu, por trazer ideias acerca da separação de poderes, mas não dava autonomia ao Judiciário. André Ramos Tavares diferencia ambas teorias da seguinte forma:

Se tradicionalmente a separação concebia-se entre Legislativo e Executivo, Montesquieu veio a acrescentar a função judicial. A separação, em Montesquieu, adquire ares de completude científica, bem como já há a pretensão de considera-las todas essencialmente jurídicas, e não também políticas (como em Locke). (2012, p. 1198).

Segundo sua teoria, existiriam três órgãos, autônomos, distintos e independentes, com funções próprias, chamadas essas de funções típicas, desconcentrando assim o poder das mãos de um único soberano. Montesquieu bem define:

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. (2000, p. 167-168).

O primeiro poder seria legislativo, responsável por criar, alterar ou revogar as leis, estabelecendo um caráter dúplice deste poder, através de uma câmara baixa, representando o povo, tendo como seus representantes o próprio povo, e a câmara alta, exercida pelos nobres, de forma a equilibrar o interesse da câmara baixa, e vice-versa. Esta ideia de câmara baixa e câmara alta representa uma primeira manifestação da necessidade de equilíbrio entre os poderes e de freios e contrapesos.

Por sua vez, o poder executivo é responsável por administrar e garantir a segurança do Estado, devendo ser exercido por apenas uma pessoa, o Monarca, vez que tal função de administração se dá de melhor forma por apenas uma um legitimado.

Por fim há o Poder Judiciário, responsável por punir os crimes e decidir acerca dos conflitos entre particulares, de ordem civil, sem que houvesse perpetuidade dentro da função, devendo ser escolhidos os juízes em determinados períodos.

E se não bastasse sua existência, esses poderes eram autônomos e independentes entre si, o que significava que estes estavam imunes de interferências dos outros poderes sobre si. Ainda que os três poderes tivessem suas funções típicas, a própria doutrina de Montesquieu definia também a existência de funções atípicas, podendo assim exercerem atribuições que, em regra, pertenciam a outros poderes, como quando o Legislativo praticava ato pertencente ao poder Executivo. Sobre isso, descreve Pedro Lenza:

Dessa forma, além do exercício de funções típicas (predominantes), inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos). Assim, o legislativo, por exemplo, além de exercer uma função típica, inerente à sua natureza, exerce, também, uma função atípica de natureza executiva e outra função atípica de natureza jurisdicional. (2019, p. 869).

É a existência dos poderes que gera a liberdade política, definida por Paulo Bonavides da seguinte forma:

Discriminados assim os poderes nessa linha teórica da separação, segundo os fins a que se propõem, entra Montesquieu a conceituar a liberdade política, definindo-a como aquela tranquilidade de espírito, decorrente do juízo de segurança que cada qual faça acerca de seu estado no plano da convivência social. (2000, pág. 176).

Liberdade política, nesta concepção, a tranquilidade de espírito deixa de existir quando há comunhão de todos os poderes nas mãos de apenas um titular, substituindo-a pelo medo resultante do arbítrio desenfreado, onde o mesmo que cria as leis também as executa e julga. É o que explica Montesquieu:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. (...) Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas entre os particulares (2000, p. 168).

E se não bastasse, Montesquieu fala de forma específica sobre a hipótese de o Poder Judiciário não estar separado dos outros, sendo a matéria principal deste trabalho, conforme o referido autor menciona:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (2000, p. 168).

De sua concepção surgem duas situações. A primeira delas é quando o Poder Judiciário está atrelado ao Poder Legislativo, e nesta hipótese o juiz teria o poder de legislar, criando uma completa arbitrariedade, criando a figura do juiz legislador. A segunda situação é quando a função de julgar está atrelada ao poder executivo, onde neste caso surge um poder opressor. Segundo Paulo Bonavides, ambas situações resultam na destruição da liberdade política, conforme o mesmo diz:

Se se trata do poder judiciário, duas consequências deriva o mesmo pensador da nociva conjugação dos poderes numa só pessoa ou órgão. Ambas as consequências importam na destruição da liberdade política. O poder judiciário mais o poder legislativo são iguais ao arbítrio, porque tal soma de poderes faz do juiz legislador, emprestando-lhe poder arbitrário sobre a vida e a liberdade dos cidadãos. O poder judiciário ao lado do poder legislativo, em mãos de um titular exclusivo, confere ao juiz a força de um opressor. A opressão se manifesta pela ausência ou privação da liberdade política. (2000, p. 177).

Por tudo isto, é possível verificar que Montesquieu não apenas definiu os poderes, mas o que aconteceria caso o poder de julgar estivesse vinculado aos outros poderes. É mister o entendimento de que quando criada a teoria tripartite de Montesquieu, os países Europeus, sobretudo seu país, a França, passavam por um período de grande calamidade, não havendo qualquer garantia de direitos, sequer eram reconhecidos direitos aos cidadãos, inexistindo devido processo legal, mas a vontade do soberano, conforme afirma André Ramos Tavares:

Na teoria de MONTESQUIEU, a ideia norteadora, como o foi igualmente em LOCKE, foi o pessimismo antropológico que dominou a Inglaterra de então. Nesse sentido, considerava-se que o poder tende a corromper-se onde não encontra limites. (2012, p. 1198).

Foram os ideais de liberdade criados por Montesquieu que resultaram em diversos movimentos pela luta contra o Estado absolutista, de forma que, com independência americana, e o surgimento de sua Constituição, resultante da Declaração de direitos do bom povo da Virgínia, de 1776, foi visto pela primeira vez a teoria tripartite de Montesquieu positivada, considerado esse um marco inicial dos direitos de 1ª dimensão, pautados sobre a liberdade.

Como resultado da própria independência americana, nasce o movimento da revolução francesa, fundado pelos ideais iluministas, entre eles a liberdade, buscando se opor ao Estado absolutista, diminuindo seu poder, o que resultou no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no ano de 1789, dizendo “a sociedade que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

É certo que Aristóteles em tempos remotos trouxe uma ideia de separação de funções do poder soberano, e muito tempo depois John Locke entendeu ser devido a um Estado liberal a existência de três poderes, mas foi somente com Montesquieu que o princípio da separação dos poderes tomou sua força e se disseminou.

### **3.4 A Separação de Poderes Segundo Hans Kelsen**

Hans Kelsen, um dos mais importantes estudiosos do Estado e das leis, no ano de 1945 publicou seu afamado livro “Teoria geral do direito e Estado”, por onde tratou de importantes assuntos, entre eles o conceito de separação dos poderes, onde o mesmo define da seguinte maneira:

O conceito de “separação de poderes” designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. (2000, p. 387).

Kelsen descreve que não houveram três funções do Estado, mas apenas duas, de criar e aplicar o direito, e não seria possível separar essas funções de forma absoluta. O poder legislativo tem como sua função típica criar normas jurídicas gerais, mas pela impossibilidade de separação de funções, eventualmente os outros poderes poderiam exercer a função legislativa.

Primeiro Kelsen discorre acerca das hipóteses que poderia o executivo legislar:

O chefe do departamento executivo exerce uma função legislativa quando tem direito de impedir, por meio de veto, que normas pronunciadas pelo órgão legislativo se tornem leis, ou quando tais normas não podem se tornar leis se antes receber a sua aprovação. (...) Na verdade, o chefe do departamento executivo cumpre uma função legislativa até mesmo pelo simples fato de poder ter um direito de tomar a iniciativa no processo legislativo, de poder submeter um projeto de lei ao órgão legislativo. (2000, p. 389).

Kelsen ainda fala sobre a possibilidade de o Poder Judiciário agir com função legislativa, como nos casos em que o mesmo realiza o controle de constitucionalidade de uma norma, ou ainda utilizam seu poder para revogar eventuais decreto-lei contrários a uma lei. E de forma mais profunda, Kelsen ainda fala sobre a criação de jurisprudências:

Além disso, os tribunais exercem uma função legislativa quando a sua decisão, em um caso concreto, se torna um precedente para a decisão de outros casos similares. Um tribunal com essa competência cria, por meio de sua decisão, uma norma geral que se encontra no mesmo nível dos estatutos criados pelo chamado órgão legislativo. (2000, p. 389).

Diferente dos outros pensadores acerca da separação dos poderes, Kelsen toma uma posição mais flexível, afirmando existir na realidade uma distribuição de poderes, não podendo dar a exclusividade da função de criar direito ao Poder Legislativo, uma vez que a criação de direito não se resume pela edição de leis, mas subsistem outros atos que são de competência dos outros poderes, que criam direito. De nada adiantaria o direito se não fosse aplicado, e essa função é dividida entre o executivo e judiciário, um administrando e o outro resolvendo conflitos, conforme Kelsen aduz:

Uma separação entre o poder judiciário e o chamado poder executivo também é possível apenas num grau comparativamente limitado. Uma separação estrita dos dois poderes é impossível, já que os dois tipos de atividade habitualmente designados por esses termos não são funções essencialmente distintas. Na verdade, a função judiciária é executiva no mesmo sentido em que a função comumente descrita por esse termo; a função judiciária também consiste na execução de normas gerais. (2000, p. 390).

Esta é a principal característica da doutrina de Kelsen, que se diferencia das demais, por dar aos outros poderes a prerrogativa natural de agir criando normas atipicamente. Importa mencionar que este é apenas o pensamento de Kelsen.

### **3.5 Os Poderes Do Estado Brasileiro, Suas Funções e o Sistema de Freios e Contrapesos**

Fundado no princípio da divisão de poderes, a Constituição Federal brasileira instituiu em seu texto a separação dos poderes do Estado brasileiro, positivados no artigo 2º, *in verbis*, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Mas é claro, como em qualquer Estado, a formação da atual conjuntura política e governamental não surge imediatamente, mas de um extenso processo histórico. O primeiro contato do Brasil com o princípio da separação dos poderes se deu na Constituição do Império, em 1824, previsto em seu artigo 10º, que dizia: “os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: O Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.”.

Assim, já existia a separação dos poderes nos mesmos moldes da atual, porém, existia também o poder moderador, exercido pelo Imperador, que também era responsável por exercer a função do Poder Executivo, previsto no artigo 98 da Carta do Império, que determinava o Poder Moderador como a chave da organização política, para que o Imperador velasse pela independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes, e sobre isso menciona Gilmar Mendes:

O art. 98 da Carta estatua que o Poder Moderador, novidade mais frequentemente mencionada quando se fala na Constituição de 1824, “é a chave de toda a organização Política, e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação”. O art. 99 estabelecia, ainda, que “a pessoa do Imperador é inviolável, e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma”. A ele incumbia nomear os senadores, dissolver a Câmara dos Deputados, nomear e demitir ministros de Estado e, mais, suspender juizes, por queixas contra eles feitas. (2014, p. 112).

Em 1891 surge a Constituição do Brasil República, percebendo-se um enfraquecimento da Monarquia, sendo instaurado então a forma republicana de governo, trazendo ela o princípio da separação dos poderes em seu artigo 15º, com

os dizeres, “são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

Já estando longe de qualquer influência de Portugal, o Brasil inaugura sua primeira Constituição do século XX no ano de 1934, estabelecendo em seu artigo 3º a separação dos poderes, conforme expresso, “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”. Fato notório é a maior abrangência do legislativo nesta constituição, e a peculiaridade do termo “coordenados entre si”, representando a unicidade do poder do Estado, exercido por três órgãos distintos. É o que aduz Celso Ribeiro de Bastos:

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto. (1999, p. 1939-1940).

De forma efêmera a Constituição de 1934 foi substituída em 1937, pela conhecida como a Constituição do Estado Novo, ou polaca. Com grande diferença de suas precursoras, essa Constituição não trazia o princípio da separação dos poderes, embora existissem previsões do Poder Legislativo em seu artigo 38, e do Poder Judiciário em seu artigo 90.

Entretanto, o poder do Presidente estava sobreposto aos outros poderes, conforme ditava o artigo 73, “O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintendente a Administração do País”. Seu poder era tamanho que, o art. 75, alínea “b” conferia a ele a possibilidade de dissolver a Câmara dos Deputados quando em hipóteses que este órgão não aprovasse medidas durante o estado de guerra ou emergência. Gilmar Mendes descreve o papel do Presidente neste período:

As casas legislativas foram dissolvidas e o parlamento não funcionou no regime ditatorial, desempenhando o Presidente da República, por si só, todas as atribuições do Legislativo, inclusive a de desautorizar a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF. Com isso, tornaram-se irrisórios os juízos de inconstitucionalidade que o Tribunal se animasse a formular sobre atos normativos do Presidente da República. (2014, p. 113).

Com o término da Segunda Guerra Mundial são implantados diretrizes protecionistas em todo o mundo, e desta forma em 1946 há a promulgação da chamada *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. É neste momento há a aplicação de uma nova técnica de redação, substituindo o termo “coordenados entre si” para a adoção da terminologia “harmônicos entre si”, conforme se denota do artigo 36 desta constituição, nos dizeres, “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”.

Se não bastasse, o próprio texto constitucional expressava a impossibilidade de exercício de funções concomitantes em poderes diferentes pelo mesmo cidadão, bem como a vedação do ato de delegar atribuições a qualquer dos poderes. Gilmar Mendes tece os seguintes comentários sobre esta Constituição:

A Constituição de 1946 exprimiu o esforço para superar o Estado autoritário e reinstalar a democracia representativa, com o poder sendo exercido por mandatários escolhidos pelo povo, em seu nome, e por prazo certo e razoável. Reavivou-se a importância dos direitos individuais e da liberdade política. Voltou-se a levar a sério a fórmula federal do Estado, assegurando-se a autonomia real aos Estados-membros. (...). O legislativo reassumiu o seu prestígio, reservando-se somente a ele a função de legislar, ressalvando o caso da lei delegada. Na vigência dessa constituição, foi instruída a representação por inconstitucionalidade de lei, reforçando o papel do Judiciário no concerto dos três Poderes. (2014, p. 114).

No ano de 1964 inicia-se o regime dos Atos Institucionais, durante o domínio do poder por um comando Militar, que culmina na criação de uma nova Constituição no ano de 1967, com grande inspiração na Carta Magna de 1937, durante o período ditatorial imposto por Getúlio Vargas. Este texto constitucional positivou a separação dos poderes em seu art. 6º, ao dizer “São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, porém, não havia real equalização dos poderes, ganhando mais força o Presidente da República, conforme descreve José Afonso da Silva:

Sofreu ela poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou. Preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional. Deu mais poderes à União e ao Presidente da República. (2005, p. 87).

De forma prematura, dois anos depois entra em vigência a Emenda Constitucional nº1 de 1969, que de forma técnica não se tratou de uma emenda, mas sim de nova constituição.

Este ato foi feito apenas para outorgar o novo texto constitucional, chamada de Constituição da República Federativa do Brasil. Importante dizer que não houve qualquer alteração quanto ao princípio da separação dos poderes nesta nova constituição.

E então, no ano de 1988, é promulgada nossa atual Constituição Federal, chamada de Constituição Cidadã, por trazer em seu conteúdo uma alta gama de direitos e garantias, e entre eles a previsão do princípio da separação dos poderes.

É importante entender que, a expressão separação dos poderes em sua realidade é uma separação de funções do Estado, pois o poder é exercido e emana do Estado, e assim existe uma unidade do poder, já que o poder é uno, indivisível e indelegável, conforme lição empregada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Essencialmente, a “separação de poderes” consiste em distinguir três funções estatais — legislação, administração e jurisdição — e atribuí-las a três órgãos, ou grupos de órgãos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade, ou ao menos preponderantemente. (2012, p. 651-652).

Há um verdadeiro declínio na nomenclatura separação dos poderes em virtude da unicidade do poder. Sua grande importância e aplicação se deu durante os períodos absolutistas, mas diante da impossibilidade de retorno àquele período, há alteração da interpretação e aplicação deste princípio, tal qual define Paulo Bonavides:

Como conciliar a noção de soberania com a de poderes divididos e separados? O princípio vale unicamente por técnica distributiva de funções distantes entre órgãos relativamente separados, nunca porém valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível. (2000, p. 187).

Conforme será visto a frente de forma específica, mas já iniciado, o princípio da separação dos poderes é a garantia da democracia e promoção da dignidade humana, invalidando qualquer forma de abuso, e cada um dos “poderes” detém atribuições próprias, que efetivam sua finalidade dentro da ordem jurídica do Estado brasileiro, e de forma conexa, entende José Afonso da Silva sobre o conceito de divisão dos poderes:

A *divisão de poderes* consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou Poder Executivo e órgão o Poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se *concentração de poderes*. (2005, p. 108).

Nossa *lex mater* busca equalizar a criação destes órgãos, os definindo como independentes e harmônicos entre si, estando a eles determinadas funções dentro da realidade jurídica e política do Brasil. A independência dos poderes significa a autonomia de exercício de suas funções típicas sem a intervenção dos outros poderes, conforme definição precisa trazida por José Afonso da Silva mais uma vez:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais. (2005, p. 110).

Por este ensinamento, a independência dos poderes significa a não dependência de confiança da vontade dos outros, de forma que possam atuar em suas atribuições sem qualquer forma de autorização, senão apenas pela previsão legal.

Ainda há a harmonia dos poderes, por onde se completa o conceito constitucional, através do qual, por mais que sejam autônomos no exercício de suas atribuições, os poderes não são inimigos, pelo contrário, eles atuam em mesma direção, para concretizar as finalidades do nosso Estado Democrático de Direito. Ainda, existe a impossibilidade de delegação de atribuições por qualquer um dos poderes, conforme os ensinamentos de Pedro Lenza:

Nesse sentido, as atribuições asseguradas não poderão ser delegadas de um Poder (órgão) a outro. Trata-se do princípio da indelegabilidade de atribuições. Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressão previsão (e aí surgem as funções atípicas) e, diretamente, quando houver delegação por parte do poder constituinte originário (...). (2019, p. 873).

Fica claro assim que, dentro de sua independência e exercício de funções, um poder não pode transferir sua competência exclusiva a outro poder,

senão quando da previsão expressa pela própria Constituição Federal, o que relativiza em parte a independência dos poderes. Finaliza o raciocínio José Afonso da Silva:

As constituições anteriores estabeleciam o princípio da divisão de poderes, especificando que era vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições, e quem fosse investido na função de um deles não poderia exercer a de outro, salvas as exceções nelas previstas. Essas especificações realmente são desnecessárias, até porque a Constituição, agora como antes, estabelece incompatibilidades relativamente ao exercício de funções dos poderes (art. 54), e porque os limites e exceções ao princípio decorrem de normas que comporta pesquisar no texto constitucional. (2005, p. 111).

É deste entendimento que temos a divisão de função dos poderes. Há as funções típicas, sendo de exercício exclusivo, como por exemplo a criação de normas pelo legislativo, representando sua função base, porém, além das atribuições típicas também temos as atípicas, conforme ensina Luis Roberto Barroso:

A independência orgânica demanda, na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política 108; e (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes. (2010, p. 206)

Montesquieu há tanto tempo já vislumbrava a existência de funções típicas a atípicas pelos poderes estatais, para realmente efetivar sua independência, e não apenas para isso, mas também pela própria legitimação constitucional necessária, e mais uma vez define Pedro Lenza:

Importante esclarecer que, mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário. (2019, p. 869).

Ainda que seja fixado este entendimento por toda doutrina e jurisprudência, a Constituição Federal de 1988 não trouxe ressalva explícita, diferente de outras Constituições anteriores, porém, não resta qualquer dúvida sobre a existência do princípio da indelegabilidade de atribuições. Até mesmo Montesquieu já vislumbrava tal fenômeno, como diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O próprio Montesquieu abria exceção ao princípio da separação ao admitir a intervenção do chefe do Estado, pelo *veto*, no processo legislativo. A organização, todavia, dos três poderes na Constituição envolve sempre uma certa invasão de um poder na função reservada a outro. (2012, p. 661).

Além desta exceção, é necessário também, de acordo com uma interpretação teleológica da teoria de Montesquieu, entender seu fim de descentralização do poder para evitar os abusos, e é lógico que, pensando dentro das funções dos poderes estatais, os mesmos poderiam cometer abusos, pela grande gama de atribuições que os mesmos possuem, e assim é necessária uma forma de controle, e sobre isso diz José Afonso da Silva:

*A harmonia dos poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdade a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam o estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (p. 110).

Há a necessidade de um controle recíproco entre os poderes, da legalidade dos seus atos, e surge então o sistema de freios e contrapesos, originalmente conhecido como *checks and balances*, ou como alguns doutrinadores brasileiros, como Manoel, chamam de interpenetração dos poderes.

### **3.5.1 O Sistema de Freios e Contrapesos e as Funções dos Poderes**

Esta ideia de controle dos poderes se iniciou ainda com a teoria de Montesquieu, com a existência das câmaras baixas e altas, pela representação do povo e dos nobres dentro do poder legislativo, para equalizar o interesse de ambos os lados, conforme se vislumbra também nas palavras de Paulo Fernando Silveira, por onde define o surgimento do *balance*:

O *balance* originou-se na Inglaterra, pela qual a Câmara dos Lordes (os nobres) passaram a equilibrar (*balancear*) os projetos de leis advindos da Câmara dos Comuns (originários do povo), a fim de evitar que as leis demagogas, ou formuladas pelo impulso momentâneo de pressões populares, fossem aprovadas. (1999, p. 99).

Também, Paulo Fernando Silveira discorre acerca do surgimento dos *checks*, que assim conclui e forma o conceito que buscamos entender:

Já o *check*, por sua vez, surgiu quando o *justice marshal* declarou em sua *opinion*, lançada no famoso caso *Marbury x Madison*, em 1803, que o Poder Judiciário tinha a missão constitucional de declarar a inconstitucionalidade – e portanto tornar nulos – dos atos do Congresso, quando, a seu exclusivo juízo, tais leis não guardassem harmonia com a Carta Política. Pela doutrina do *judicial review* o Judiciário passa a controlar o abuso do poder dos outros ramos governamentais. (1999, p. 99)

E assim se forma o termo *check and balances*, que representa um mecanismo de controle entre os poderes, positivado em nossa Constituição de algumas formas. Disserta sobre Luís Roberto Barroso:

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto. (2010, p. 205).

A ideia dos pesos e contrapesos seria a interferência de um dos poderes no outro (chamado de interpenetração dos poderes), para controlá-lo, quando seu ato for abusivo, e somente quando a própria Constituição Federal permitir essa intervenção. Para entender melhor como funciona a interpenetração de poderes, deve-se definir as funções atinentes a cada um dos poderes.

Primeiro há o Poder Legislativo, que em sentido igual ao que dispõe Montesquieu, em nosso Estado brasileiro é o responsável pela criação das normas, em âmbito federal, estadual e municipal, inclusive pela criação de crimes e penas. Discorre sobre Celso Ribeiro de Bastos:

Ao Poder Legislativo é atribuída como função primordial, típica, a de legislar. É o Poder encarregado da elaboração de normas genéricas e abstratas dotadas de força proeminente dentro do ordenamento jurídico, que se denominam leis.

Lei é todo ato que, oriundo do Legislativo e produzido segundo procedimento descrito na Constituição inova originariamente a ordem jurídica. (1999, p. 1970/1971).

Importante mencionar que, nossa Constituição Federal adota o sistema bicameral, e assim em âmbito federal temos o Congresso Nacional, com o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, demonstrando uma clara influência da doutrina de Montesquieu, tendo uma Câmara Baixa e Alta.

E esse próprio sistema adotado pelo Legislativo em âmbito federal representa uma forma de pesos e contrapesos, vez que a aprovação de Leis depende tanto da aprovação do Senado, quanto da Câmara dos Deputados. Acerca deste sistema, diz José Afonso da Silva:

No bicameralismo brasileiro, não há predominância substancial de uma câmara sobre a outra. Formalmente, contudo, a Câmara dos Deputados goza de certa primazia relativamente à iniciativa legislativa, pois é perante ela que o Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os cidadãos promovem a iniciativa do processo de elaboração das leis (art. 61, §2º, e 64). (2005, p. 510).

Em segundo ato temos o Poder Executivo, cuja finalidade é a administração do Estado, governando, aplicando as normas, propondo políticas para atender os interesses públicos, inclusive sendo o responsável por realizar todo planejamento dos recursos financeiros do Estado. O chefe do Executivo em âmbito federal é o Presidente da República, que exerce tanto a função de chefe de governo, como também de Estado, representando o país perante outras nações, inclusive assinando tratados. Da mesma forma, o Poder Executivo se divide nas três esferas, tendo ainda a estadual, com o Governador, e por fim na estadual, com os prefeitos. Define bem Pedro Lenza acerca deste poder:

função executiva: “resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples *execução das leis*, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em *função de governo*, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e *função administrativa*, com suas três missões básicas: *intervenção, fomento e serviço público*. (2019, p. 871).

Finalizando a tripartição temos o judiciário, cuja é a resolução conflitos instaurados na sociedade por meio de julgamentos, através da aplicação da Lei e Constituição, inclusive quando houver conflitos entre o cidadão e o Estado, sendo assim um órgão imparcial.

Atipicamente, o Legislativo poderá atuar com função atinente ao Poder Judiciário, realizando o julgamento de crimes de responsabilidade pelo Presidente da República<sup>8</sup>, que pode culminar no *impeachment* do chefe do Executivo.

---

<sup>8</sup> Nestes casos, é feito um processo para apuração desta prática perante o Senado Federal, mediante aprovação da Câmara dos Deputados, podendo assim atingir o impeachment, ou seja, a perda do cargo. O presidente já fica afastado no curso deste julgamento que deverá ocorrer em 180 dias.

É uma clara função atípica do Poder Legislativo, e ainda uma forma de interpenetração dos poderes conforme dispõe o art. 52, inciso I da CF. Também exerce função atípica a praticar administração, concedendo férias ou licenças a seus funcionários (art. 51, inciso IV e art. 52, inciso XIII, CF/88). André Ramos Tavares explica:

Nos termos do art. 52, I, da CF, se for admitida acusação contra o Presidente, pelo *quorum* de dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Senado Federal. Já nos crimes penais comuns cometidos pelo Presidente antes de exercer tal função, ele só responderá judicialmente por eles após o término do mandato, consoante a regra do art. 86, § 4º, da CF. (2012, p. 1324).

Em sentido igual, o Executivo também poderá exercer funções atípicas a prática de governança. Em seara legislativa, o Presidente da República possui uma grande força, por meio das medidas provisórias, previstas no artigo 62 da Constituição Federal. Define Gilmar Mendes:

Em resumo, as medidas provisórias são atos normativos primários, sob condição resolutiva, de caráter excepcional no quadro da separação dos Poderes, e, no âmbito federal, apenas o Presidente da República conta o poder de editá-las. Ostentam nítida feição cautelar. Embora produzam o efeito de concitar o Congresso a deliberar sobre a necessidade de converter em norma certo trecho da realidade social, não se confundem com meros projetos de lei, uma vez que desde quando editadas já produzem efeitos de norma vinculante. (2014, p. 880/881).

O Presidente da República desta forma, diferente do Congresso Nacional que depende de um processo normativo complexo para aprovação de uma norma, poderá editar uma medida provisória de caráter temporário, que de forma imediata se torna Lei, estando fora de sua função primária de governar, sendo assim atípico a suas atribuições. Dentro da seara penal, em respeito ao princípio da reserva legal, é vedada a edição de medida provisória sobre matéria de direito penal, para mais uma vez evitar abusos contra o cidadão pela arbitrariedade, na falta de necessidade de processo legislativo em sua edição. Confirma isso Luis Roberto Barroso:

Não se admite a criação de tipo penal ou o estabelecimento de pena por meio de medida provisória, nem menos ainda por ato normativo secundário, como regulamento ou portaria. Nesse sentido, v. STF, DJU, 9 abr. 1999, p. 2, HC 834/MT, Rei. Min. Sepúlveda Pertence: "Crime de responsabilidade: definição: reserva de lei. Entenda-se que a definição de crimes de

responsabilidade, imputáveis embora a autoridades estaduais, é matéria de Direito Penal, da competência privativa da União - como tem prevalecido no Tribunal - ou, ao contrário, que sendo matéria de responsabilidade política de mandatários locais, sobre ela possa legislar o Estado-membro - como sustentam autores de tomo - o certo é que estão todos acordes em tratar-se de questão submetida à reserva de lei formal, não podendo ser versada em decreto legislativo da Assembleia Legislativa. (2010, p. 432-433).

Isso demonstra claramente a proteção que se dá aos princípios penais, em que pese a estrita legalidade e reserva legal, vedando a edição de normas penais pelas medidas provisórias. O Presidente da República ainda, poderá, em natureza jurisdicional, exercer funções atípicas as suas originais, quando da apreciação de defesas e recursos administrativos.

Já o órgão responsável pela função jurisdicional também emprega práticas atípicas. Em sentido Legislativo, o judiciário cria os regimentos internos de seus tribunais, conforme determina o art. 96, inciso I, alínea "a" da CF, com a ressalva de que não se pode alterar procedimento processual. Atualmente, através do ativismo judicial o poder legislativo do Poder Judiciário vem aumentando, através das súmulas vinculantes e do próprio controle de constitucionalidade, que serão aprofundados mais à frente. Em seara Executiva, o judiciário pode conceder licenças e férias aos serventuários e magistrados, de forma a efetivar o disposto no art. 96, inciso I, alínea "f".

Dentro da gama de atribuições do Poder Legislativo ainda existe uma função típica especificamente a efetivação do *checks and balances*, sendo função de fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo. Como dito, é função do Executivo dispor acerca da questão orçamentária do Estado, porém, estará sempre sob a fiscalização do Poder Legislativo. Celso Ribeiro de Bastos:

O papel do Legislativo não se resume à função de elaborar leis. Por tradição, compete a ele exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo, consoante o disposto no art. 70 da Constituição Federal. Nesta tarefa o Congresso Nacional é auxiliado pelo Tribunal de Contas da União. Nos Estados e nos Municípios essa fiscalização é exercida pelos Tribunais de Contas Estaduais, que auxiliam as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais. (1999, p. 1973/1974).

Não se trata nem mesmo de função atípica do Legislativo, mas sim uma de suas atribuições básicas conferidas pela Constituição Federal, que

representa indiscutivelmente uma forma de controle perante o Poder Executivo. É inclusive competência do Tribunal de Contas da União emitir pareceres sobre as contas do Presidente da República. Gilmar Mendes explica:

O Tribunal de Contas da União, no dizer do art. 71, II, da Constituição, julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. Não se trata, porém, de um julgamento que produza a coisa julgada dos atos decisórios do Poder Judiciário. As decisões do TCU não são imunes à revisão judicial, mas os seus acórdãos, quando imputem débito ou multa, constituem título executivo extrajudicial. (2014, p. 859).

Em sentido igual, cabe ao Legislativo também um controle sobre as medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, podendo rejeitá-las, conforme determina o art. 62, CF/88, para controlar a legalidade do ato. É concedido grande poder ao Congresso Nacional contra os atos praticados pelo Executivo, entretanto, o controle é recíproco. Em sua tarefa de edição de leis, o Legislativo está sujeito ao veto presidencial, e José Afonso da Silva comenta essa relação:

Se ao Legislativo cabe a edição de *normas* gerais e impessoais, estabeleceu-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas e até rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. (2005, p. 110).

Todo projeto aprovado dentro do Congresso Nacional será apreciado em fase final pelo Presidente da República, para sanção ou veto. Sanção se trata do ato em que o Presidente dá anuência, para que assim aquele projeto se torne lei efetivamente, e em sentido contrário, veto é a discordância ao projeto de lei, justificadamente, o controle do ato, de forma total ou parcial. Celso Ribeiro de Bastos explica:

Atualmente, o Executivo não só acompanha a execução da lei, como também exerce a função legislativa através das medidas provisórias e das leis delegadas. Participa ainda do processo legislativo pela iniciativa, sanção, veto e promulgação das leis. (1999, p. 2072).

Isto representa claramente um controle do Poder Executivo perante os atos de criação normativa. Adversamente, também há uma forma do próprio Legislativo controlar o veto do Presidente, o derrubando, e José Afonso da Silva completa o raciocínio:

Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto (art. 66). (2005, p. 110).

Ainda, o Presidente da República tem a iniciativa de propor leis perante o órgão legislativo, e se não bastasse, ainda pode interferir no seu trabalho, de forma a determinar um prazo para apreciação de seus projetos de lei, visando uma rápida aprovação, alterando assim por sua vontade toda hierarquia de aprovação dos projetos pendentes (art. 64, CF/88).

Finalmente se tem o Poder Judiciário, talvez o maior controlador dos atos dos outros poderes. Primeiro em relação a criação de normas é de suma importância discorrer acerca do Controle de Constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal. O Controle de Constitucionalidade se trata da hipótese em que a instância máxima do Poder Judiciário pode analisar uma norma infraconstitucional frente à Constituição, de forma a poder declara-la incompatível com o texto hierarquicamente superior de nosso ordenamento jurídico. Define Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Controle de constitucionalidade é, pois, a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais — subjetivos, como a competência do órgão que o editou — objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição — quanto dos requisitos substanciais — respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição — de constitucionalidade do ato jurídico. (2012, p. 254).

É uma clara e forte hipótese de interpenetração dos poderes, por onde o Poder Judiciário pode vir a declarar a inconstitucionalidade de uma norma editada pelo Poder Legislativo, evitando assim qualquer aplicação futura daquela Lei em casos futuros, tendo efeito erga omnes, quando se tratar do controle de constitucionalidade difuso. Esse controle também pode recair contra atos normativos do Poder Executivo, podendo ser declarada inconstitucional medida provisória

editada pelo Presidente da República, ou até mesmo de atos administrativos praticados por este órgão<sup>9</sup>.

De forma a equalizar a relação, é concedido ao Poder Executivo a capacidade de nomear os Ministros dos Tribunais superiores, mediante aprovação do Senado Federal, conforme explica José Afonso da Silva:

O Presidente da República não interfere na função jurisdicional, em compensação os ministros dos Tribunais superiores são por ele nomeados, sob o controle do Senado Federal, a que cabe aprovar o nome escolhido (art. 52, III, a). (2005, p. 111).

Nota-se uma complexidade de funções atinentes a cada um dos poderes, que faz necessário um controle recíproco em suas funções, inclusive de forma atípica, na busca da proteção do cidadão, para evitar os abusos. Finaliza Paulo Fernando Silveira:

Através do checks and balances, enfatiza *Peter L Strauss*, como na separação dos poderes, procura-se proteger o cidadão contra o surgimento de governo tirânico, ao estabelecer múltiplas cabeças de autoridade no governo, as quais se posicionam uma contra a outra em permanente batalha; a intenção da luta é negar a uma (ou duas) delas a capacidade de permanentemente consolidar toda autoridade governamental em si mesma, enquanto permite efetivamente ao todo desenvolver o trabalho de governo. (1999, p. 100).

Dentro da separação dos poderes, para que funcione em perfeita harmonia é necessário a existência do sistema de freios e contrapesos, garantindo assim que não existam abusos pelos órgãos que exercem o poder estatal. Inclusive, como fundamento base de nosso Estado democrático de direito, o princípio da separação dos poderes está dentro do artigo 60, §4º, inciso III, no rol das cláusulas pétreas, não sendo possível deliberação para fim de alteração da separação dos poderes por meio de emenda, e bem explica Luis Roberto Barroso:

Pois bem. Na linha do que já se expôs acima, é evidente que a cláusula pétrea de que trata o art. 60, § 4 a, III, não imobiliza os quase 100 (cem) artigos da Constituição que, direta ou indiretamente, delineiam determinada forma de relacionamento entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Muito

---

<sup>9</sup> Por mais que os atos administrativos praticados sejam discricionários pelo representante deste poder, seja em âmbito federal com o Presidente, estadual com o Governador, e Municipal com o prefeito, deve haver respeito a alguns princípios, e quando estes não são observados, poderá o Poder Judiciário vir a declara-los nulos, conforme a previsão do artigo 97, CF/88, ao dizer que o órgão especial do Poder Judiciário poderá declarar a inconstitucionalidade de ato normativo do poder público.

diversamente, apenas haverá violação à cláusula pétrea da separação de Poderes se o seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado. Isto é: em primeiro lugar, se a modificação provocar uma concentração de funções em um poder ou consagrar, na expressão do STF, uma "instância hegemônica de poder"; e, secundariamente, se a inovação introduzida no sistema esvaziar a independência orgânica dos Poderes ou suas competências típicas. (2010, p. 206).

Junto ao princípio da estrita legalidade é garantido ao cidadão que aquele que cria as leis não será o mesmo que as executará, seja pela aplicação antes da transgressão da norma penal, ou posteriormente pelo julgamento de um terceiro imparcial.

Entretanto, ao se falar do exercício de atribuições atípicas do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, instância máxima do Poder Judiciário, tem praticado o chamado Ativismo Judicial, não apenas dentro das funções conferidas a si pela Constituição Federal, mas indo além, inclusive legislando sobre direito penal.

## 4 O ATIVISMO JUDICIAL

Na própria definição das funções dos poderes o Poder Judiciário se dispõe pela resolução dos conflitos instaurados dentro da sociedade, através da aplicação da Lei. Sua atuação se funda em diversos princípios, sendo importante destacar a inércia da jurisdição e imparcialidade. Dentro de sua função há dois princípios há se destacar, a inércia da jurisdição e da imparcialidade, que torna o Judiciário um poder que deve ser provocado e julgar vinculado apenas a Lei, sem outros interesses.

O ativismo judicial se trata de uma atuação positiva e consciente do Poder judiciário, impondo sua posição política e social. É o ápice da visibilidade conferida a este órgão constitucional, que não representa exclusividade da nação brasileira, mas uma prática vista em diferentes partes do mundo. Conceitua Cristina Ripardo Bittencourt:

Agir de forma ativista é exercer a função judicial de forma integrativa e ativa ou proativa, arrojada e empreendedora, realizando o Direito no caso concreto, de forma eficiente e direta, não podendo depender da atuação letárgica e indolente e por muitas vezes tardia ou inexistente, do Poder Legislativo. (2018, p. 48).

No Brasil, o ativismo judicial é externado pelas práticas do Supremo Tribunal Federal, que deixa sua posição de sujeito imparcial apenas solucionando conflitos, para de forma proativa firmar entendimentos, e conseqüentemente legislar, por métodos interpretativos, deixando de ser um mero coadjuvante, para participar efetivamente nas questões políticas. Conceitua também Elival da Silva Ramos:

(...) por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes. (2015, p. 131).

Sobre a ótica de um dos responsáveis pela atividade ativista pelo judiciário, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, estabelece um conceito, descrevendo inclusive as práticas que caracterizam o ativismo judicial:

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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (2009, p. 6).

Conclui-se assim pela disfunção no exercício da função jurisdicional, se colocando em posição de legislador, para efetivar direitos e garantias constitucionais, pela ausente presença do Poder Legislativo. É um papel criativo da Suprema Corte brasileira, criando fontes do direito por suas interpretações, inclusive alterando a própria Constituição Federal brasileira.

É possível dividir o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em revelador e inovador. O ativismo revelador é aquele que se faz por meio da interpretação de uma norma já posta, ampliando ou restringindo seu alcance, através da análise do texto constitucional. Já o ativismo inovador é uma verdadeira criação normativa originária, pela omissão do legislativo. De pronto isto vai contra os ideais de separação de poderes.

#### **4.1 Passivismo e Pragmatismo Jurídico**

Há um embate natural nas ideias do passivismo jurídico e pragmatismo jurídico, sendo essas posturas ou modelos tomados pelos juízes na hora de decidir, métodos de atuarem. O passivismo jurídico se trata da afirmação do chamado “juiz boca da lei”, por onde não há margem interpretativa aos juízes, ou ainda que se tenha, é extremamente restrita.

Elival da Silva Ramos (2015, pág. 132) ensina que o debate existe principalmente nos Estados Unidos, por onde o passivismo jurídico seria fundado em duas correntes do chamado interpretativismo, que seria o textualismo e o originalismo. O textualismo ou literalismo seria a interpretação judicial que só leva em consideração a Constituição, de forma isolada. Já o originalismo se trata de uma forma de interpretação que dá uma margem um pouco maior ao juiz, podendo ele utilizar como parâmetro a finalidade dos constituintes quando da elaboração do

texto. Contra isto, surge uma ideia para afastar esse caráter não interpretativo, conforme ensina *in verbis*, Elival da Silva Ramos, o conceitualismo e simbolismo:

O não interpretativismo conceitualista é identificado, por alguns autores, como um “originalismo moderado”, por apontar as insuficiências do literalismo e do originalismo estrito sob formas argumentativas aparentemente originalistas. Assim, se justifica a presença no texto constitucional de cláusulas genéricas ou indeterminadas por corresponderem à intenção deliberada do Constituinte de permitir ao Poder Judiciário a adaptação da Constituição a novas circunstâncias ou, simplesmente, se propõe a fundamentação de decisão construída com algum apelo ao método teleológico em termos que invocam a vontade dos *founding father*, se vissem atualidade. (2015, p. 133-134).

O conceitualismo seria uma forma de interpretação constitucional com base na evolução da sociedade, que faz ser necessário a alteração da Lei. Caberia aos juízes interpretar as cláusulas genéricas e abertas, e assim adaptar a constituição à nova realidade social. Já o simbolismo se aproximaria do moralismo jurídico de Dworkin, podendo a Suprema Corte americana ter como parâmetro interpretativo os valores históricos que formaram sua constituição.

Por um lado, há o passivismo, pautado pela inércia política do Poder Judiciário, a fim de que apenas se pautem na aplicação da Lei, com pequena margem de interpretação. Contrário ponto há o conceitualismo e simbolismo, permitindo formas de interpretação diversas, mas não tão amplas, vez que o conceitualismo, por exemplo, se limita a própria Constituição. Contra essas ideias passivistas ou próximas a um ativismo judicial, há o pragmatismo jurídico, e inicia o pensamento Ronald Dworkin:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. (1999, p. 451-452)

Dworkin se estabelece em posição contra extremista, não defendendo passivismo ou ativismo judicial, mas sim um julgamento pautado em princípios. O juiz não julgaria exclusivamente pela equidade, pois essa é um julgamento que parte da consciência do interprete da norma, e deve assim existir fatos objetivos que

encaminhem o julgamento do juiz, pautado sempre pela moral, o valor mais protegido por Dworkin, indo contra o pragmatismo<sup>10</sup>.

Pelo pragmatismo jurídico, as decisões seriam uma forma de adequação ao contexto social que surge o conflito, por meio da busca de prever as consequências de suas possíveis decisões. Bruna Villas Boas Campos (2014, pág. 134) ensina que “os pragmatistas defendem ainda que as decisões judiciais sejam concisas, breves e não recorram a categorias apriorísticas, conceitos metafísicos e princípios abstratos”.

Ora, é uma liberdade irrestrita na decisão dos juízes. Não há respeito pelos fundamentos históricos daquela sociedade, e observa-se apenas os efeitos futuros que a decisão possa trazer, buscando sempre o interesse social maior. Para bem entender a diferença entre um juiz adstrito a lei e um juiz pragmático, cabe exemplificar. No primeiro caso, o juiz irá julgar de acordo com o que o ordenamento jurídico prevê, seja por meio de princípios, disposições normativas sobre direito material postas, ou inclusive costumes, e diversos outros meios, mas sempre respeitando o direito posto.

Por outro lado, o juiz pragmático pode utilizar o direito posto preexistente como fonte para sua decisão, entretanto, a ele é concedido como opção criar direito, por sua vontade, quase que ilimitada. É marca deste juiz buscar antecipar as consequências de suas decisões diante o caso, e assim escolher o melhor caminho.

Sua finalidade é garantir o bem estar social e humano, entretanto, isto é uma ideia muitas vezes abstrata, que emana do próprio julgador. É por conta disto que o pragmatismo jurídico pode ser visto como um fundamento do ativismo judicial. É uma clara inobservância e falta de apreensão a segurança jurídica. Bruna Villas Boas Campos novamente esclarece:

Diferentemente dos “convencionalistas”, os pragmatistas não acreditam que o direito possa ser aplicado por referência a convenções passadas para justificar o poder coercitivo do Estado. Por essa razão, ignoram o passado e

---

<sup>10</sup> O pragmatismo jurídico, criticado por Dworkin, se trata de um movimento norte-americano que surgiu no começo do século XX, também chamado de realismo jurídico. Se tratou de um crescimento do poder judicial da Suprema Corte americana, marcado pelo contextualismo, anti-fundacionalismo e consequencialismo. Quanto ao contextualismo, se trata nos julgamentos levando em consideração as necessidades humanas e sociais, enquanto que o anti-fundacionalismo representa uma rejeição de contextos abstratos e dogmas, inclusive princípios inalteráveis, e por fim, temos o consequencialismo, consistindo no estudo das consequências que toda decisão judicial pode trazer, de forma a antecipar seus efeitos.

voltam o seu olhar apenas para as consequências do futuro, por meio de convicções subjetivas sobre o melhor interesse social. São, dessa forma, “antitradicionalistas”, mas negam o rótulo de “anti-historicistas”, por considerarem importante, para a construção da decisão serem feitas avaliações sobre as circunstâncias históricas, locais, da comunidade na qual se inserem. (2014, p. 45).

Sobre a ótica de Dworkin acerca do pragmatismo jurídico, as pessoas não tem direito, senão quando da concretização de decisão judicial, e o positivismo jurídico não tem grande importância, pois pode facilmente ser substituído. Os direitos são apenas razões para buscar a redução de injustiças, e por isso os adeptos ao pragmatismo jurídico dizem que as decisões judiciais utilizam grande plano político. Dworkin explica por suas palavras da seguinte forma:

O pragmatismo, ao contrário, nega que as pessoas tenham quaisquer direitos; adota o ponto de vista que elas nunca terão direito que seria pior para a comunidade apenas porque alguma legislação assim o estabeleceu, ou porque uma longa fileira de juízes decidiu que outras pessoas tinham tal direito. (1999, p. 186).

O maior defensor do pragmatismo jurídico é Richard Posner, por meio da ideia de que o pragmatismo jurídico é necessário, pelo próprio caráter comercial da sociedade, substituindo as verdades irrefutáveis por ideias abstratas. É o que comenta Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto:

É, portanto, consequência dos tempos atuais a necessidade em se passar para uma análise pragmática dos fenômenos jurídico-políticos, tendo em vista que a própria sociedade passou a adotar tais valores e posicionamentos. Há, por exemplo, uma espécie de relativismo moral e uma forma de ceticismo, ainda que moderado, diante dos acontecimentos e instituições. (2018, p. 316).

Dworkin crítica isto, dizendo que o juiz não poderia estar livre para julgar, vinculado apenas à sua consciência, mais sim a uma ordem objetiva de valores preexistentes na história de uma sociedade específica, considerando precedentes, leis e Constituição, e daí ele julgaria aplicando a lei. Dworkin é categórico em suas críticas:

A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço à tirania. (1999, p. 452).

O moralismo jurídico frente a teoria de Dworkin representaria um meio termo, por onde o juiz não apenas aplica o texto normativo estaticamente, qual define o passivismo, mas também não coloca a consciência como fonte de decisão judicial.

#### **4.2 O Surgimento da Palavra “Ativismo Judicial” e o Autorrestritivismo Judicial**

Existe uma indefinição conceitual sobre o ativismo judicial, pela grande divergência do tema, em buscar definir quais seriam as práticas ativistas, e quais seriam os fundamentos a aplicação desta prática, tendo grande posição contrária a quem visualiza prejudicialidade nas práticas ativistas. Carlos Alexandre de Azevedo Campos bem explica:

Dentro do amplo universo de debate, a opinião sobre a virtude normativa do ativismo judicial não é homogênea. Na verdade, o ativismo judicial, como visto nos capítulos anteriores, é mais criticado do que elogiado. Para a maioria dos que se debruçam sobre o tema, os juízes ativistas são sempre uma ameaça para os valores democráticos e à separação dos poderes, de modo que o termo acaba servindo como “substituto para excesso judicial. (2014, p. 149).

A origem terminológica se dá por Arthur Schlesinger Jr., historiador norte-americano, em seu artigo *The Supreme Court*, por meados de 1947, fazendo uma avaliação da Suprema Corte americana e sua composição à época, principalmente direcionada ao público leigo. Ele realizou uma classificação dentro da própria Corte, dividindo em suas duas principais características, os juízes ativistas e os autorrestritivos.

Schlesinger definiu o ativismo como contrário ao autorrestritivismo. Conforme ensina Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o polo ativista era liderado pelo juiz Hugo Black, afirmando que a Suprema Corte não estava apenas vinculada a vontade do legislativo, mas tinha um papel, na realidade, afirmativo, na promoção do bem estar social. Já a posição autorrestritiva era liderada por Felix Frankfurter, adepto a ideia de que o judiciário era um instrumento dos outros poderes, que representavam a vontade do povo.

Essa oposição de ideias entre os grupos liderados por Black – os “campeões do ativismo judicial” – e por Frankfurter – “os campeões da autorrestrrição judicial” -, tal como desenvolvida por Schlesinger, a despeito de algumas acusações de superficialidade e incoerência, não deixou dúvidas quanto ao que o ativismo judicial representa: uma “declaração de poder”, enquanto a autorrestrrição consistia em “resistir à supremacia judicial (...) em nome da deferência à vontade do legislador. (CAMPOS, C.A, 2014, p. 48)

É neste contexto histórico que a palavra ativismo judicial é utilizada pela primeira vez. E junto ao termo, surge também a autorrestrrição judicial, ou também chamada de auto-contenção judicial, por onde se busca diminuir a interferência do Judiciário nos outros Poderes, conforme expressa Luis Roberto Barroso, quais seriam as condutas dos juízes adeptos a esta corrente:

Por essa linha, juízes e tribunas (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (2009, p. 10).

Esta prática restritiva era mais comum no Brasil antes da Constituição Federal de 1988, vez que este texto legitima o Judiciário a agir contra outros poderes, com base no sistema de freios e contrapesos. Segundo Carlos Alexandre Azevedo Campos, existem dois fundamentos da autorrestrrição judicial: “a deferência em favor dos outros poderes e a prudência como mecanismo de preservação da própria autoridade judicial” (2014, pág. 177). Por deferência se entende a observância da própria divisão de funções constitucionais, entre os poderes, devendo o judiciário agir apenas em suas funções positivadas, sem intervir na autonomia do Legislativo e Judiciário.

Já a prudência seria a busca pela segurança jurídica, a estabilidade institucional, por onde busca proteger a própria Corte, evitando que se tenha um grande aumento de litigâncias, que prejudique o funcionamento da Corte, não se envolvendo em questões políticas. Em suma, é apenas a busca de diminuir as demandas que serão apresentadas perante o Judiciário, para que dentro de suas limitações ele consiga prestar uma atividade jurisdicional eficiente<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Quando se fala em uma atividade eficiente, não apenas se refere na questão de celeridade processual, mas também na qualidade dos julgamentos. Aos juízes adeptos a auto-contenção judicial há uma busca constante na independência e legitimidade do Poder Judiciário, para que não se confunda com as funções de outros poderes.

### 4.3 Os Sistemas *Civil Law* e *Common Law*

Como todo fenômeno jurídico, as práticas ativistas não são restritas a apenas um restrito grupo de ordenamentos jurídicos, mas se espalham pela vastidão mundana. Os ordenamentos jurídicos por bem se dividem por duas naturezas, o *common law*, de origem anglo-saxônica, e *civil law*, advindo da tradição romanística, mais comum aos latinos e germânicos, permeados cada um destes por traços próprios. André Ramos Tavares ensina:

O modelo *common law* está fortemente centrado na primazia da decisão judicial (*judge made law*). É, pois, um sistema nitidamente *judicialista*. Já o Direito Codificado, como se sabe, está baseado, essencialmente, na lei. É, pois, um sistema normativista, e não judicialista. (2012, p. 425).

O *civil law*, ao que indica André Ramos Tavares, é o modelo normativo brasileiro, privilegiando a positivação das normas, e a função do juiz essencialmente é apenas aplicar a lei. Enquanto ao que se nota do *common law*, este modelo é evidente ao sistema norte-americano, pela força que se dá as decisões judiciais, que se tornam fonte do direito, com força normativa de lei.

Enquanto que ao Brasil se limita o juiz a dizer a lei, concretizando a finalidade positivada pelo legislador, interpretando apenas naquilo que a própria norma o dispor, nos Estados Unidos há contrário caminho, cabendo ao juiz firmar entendimentos, tendo como grande vantagem a capacidade das regras acompanharem a evolução da sociedade e a promoção da equidade.

No sistema *civil law*, pelo caráter positivo, a atuação em sede de ativismo pelo judiciário se encontra limitada pela própria lei, e isso bem se vê em nosso ordenamento, pelo controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, sendo uma forma de ativismo prevista pela própria Constituição Federal. Inversamente, o sistema *common law* não descreve propriamente qual o escopo máximo pelo qual poderão atuar os juízes, vez que é a própria jurisprudência o ponderador dos limites do ativismo judicial. Cristina Ripardo Bittencourt anota tal fato *in verbis*:

No sistema da civil law, as balizas de atuação do Poder Judiciário são, em regra, descritas pelo próprio sistema constitucional positivo, que delimita e delinea os contornos da cognição ou execução do órgão judicante (...). O inverso é reconhecido na common law, em que a atuação da jurisprudência reflete uma maior liberdade e amplitude, em vista da escassez de normas escritas, sendo a construção jurisprudencial fonte para futuras decisões. Nos países de sistema da common law, adotam-se os chamados precedentes (...). (2018, p. 16).

Para perfeitamente entender todas nuances que permeiam o ativismo judicial é importante definir sua origem.

#### **4.4 Origem do Ativismo Judicial**

Com as considerações preliminares sobre o tema, se vê uma influência norte-americana na formação do ativismo judicial, e isso se reflete inclusive nas primeiras manifestações desta forma de decisão judicial. Existem muitos casos em que a Suprema Corte americana agiu de forma ativista, pela própria natureza de seu ordenamento jurídico (*common law*), e cabe destacar os principais.

##### **4.4.1 Caso *marbury v. madison***

O primeiro caso q se mencionar é o *Marbury v. Madison*, de 1803, que veio a trazer o conhecido *judicial review*. Foi com a entrada de John Marshall na Suprema Corte Americana que o poder e importância deste importante órgão americano cresceu, sendo ele nomeado como *Chief Justice*.

Explica Carlos Alexandre Azevedo Campos (2014, pág. 49) que o caso começa por iniciativa de William Marbury contra James Madison. Madison era o Secretário de Estado, e negou a investir Marbury no cargo de Juiz de Paz, sendo que o mesmo já havia sido nomeado pelo ex-presidente John Adams. Quando Thomas Jefferson assumiu o cargo, ordenou que Madison negasse a outorga de poderes a Marbury.

Foi com o voto de Marshall que se deu a decisão deste caso, por onde foi criado um dos mais importantes precedentes não apenas para o Estado Americano, mas para todas doutrinas do mundo, o chamado controle de constitucionalidade.

É uma clara hipótese de ativismo judicial, pela atipicidade da natureza desta função, não de julgar, mas legislar. Foi com a decisão da Suprema Corte, com destaque a Marshall, que se deu o primeiro julgamento acerca da inconstitucionalidade de uma lei federal, fixando assim o *judicial review*<sup>12</sup>. Carlos Alexandre explica o caráter ativista deste julgamento:

*Marbury* foi ativista em duas dimensões: primeira, porque a Corte faltou com deferência ao Congresso, recusando-lhe competência normativa sem que encontrasse na Constituição qualquer dispositivo que a afastasse expressamente; segunda, Marshall afirmou um poder espetacular para a Corte sem que a Constituição nada dissesse especificamente sobre ele. (2014, p. 51).

E assim surge o *judicial review*, ainda que neste momento tenha se dado por uma postura autorrestritiva da Corte. Marshall afastou o fundamento trazido por *Marbury*, mas diante de uma interpretação perante a Constituição, negando o poder da Corte de controlar os atos de autoridades governamentais em competência originária, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo citado no julgamento.

#### **4.4.2 Caso *dred Scott v. standford***

O segundo caso se deu em 1857, sendo um grande lapso temporal entre a antes mencionada e esta decisão. Neste ato figurava como *Chief Justice* Roger B. Taney, sucessor de Marshall, e há grandes críticas na decisão que sucedeu o desenrolar do caso, por seu caráter conservador e preconceituoso, afirmando a escravidão como constitucional.

O caso se deu por iniciativa de Dred Scott, escravo durante toda sua vida, servindo John Emerson. Em seu posto, como Major do Exército, John Emerson durante sua trajetória residiu em diversos Estados diferentes, e sempre foi acompanhado por Dred Scott. Após a morte de John Emerson, em 1843, a viúva Sra. Emerson utilizou Scott como presente a seu irmão, John Stanford.

---

<sup>12</sup> É claro, no controle do Controle de Constitucionalidade temos duas formas, o controle concentrado e difuso. O controle difuso se trata da possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de uma norma com efeitos erga omnes, produzindo efeitos perante todo ordenamento jurídico, sendo declarada apenas pelo Supremo Tribunal Federal. Já o controle concentrado se trata da possibilidade de qualquer juiz, diante de um caso em específico, reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, com efeito inter partes. O controle que se refere o caso *Marbury x Madison* é o difuso.

Dred Scott judicializou a questão no Tribunal de Missouri, fundado na ideia de “*once free, always free*”, pois o mesmo já seria livre, já que enquanto acompanhava John Emerson residiu nos Estados de Wisconsin e Illinois, e o compromisso de Missouri, de 1820, proibia a escravidão, assim o mesmo já não seria escravo, pois já foi considerado livre dentro desses Estados.

O caso foi levado até a Suprema Corte Americana, que decidiu contra Dred Scott, afirmando que o mesmo não teria legitimidade processual para levar a questão até as cortes federais, ou discutir a legalidade de uma lei federal, pois o seria “negro”, e desta forma não pertenceria a sociedade. Bruna Villas Boas Campos explica:

Inconformado, interpôs recurso à Suprema Corte, que decidiu contrariamente a ele, por não considerá-lo um homem livre, tampouco cidadão norte-americano. A Corte ainda declarou a inconstitucionalidade do Missouri Compromise (Compromisso do Missouri), em 1820, e de todas as leis estaduais abolicionistas, por julgá-las uma extrapolação dos poderes conferidos ao Legislativo. O teor da decisão foi taxado de ativista, por invalidar atos de outros poderes, sob o fundamento de estar protegendo a Quinta Emenda da Constituição norte-americana, que garantia aos cidadãos do país o direito de propriedade, inclusive sobre seus escravos. (2018, p. 49).

A Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade do Compromisso de Missouri, que aboliu a escravidão, sendo esta uma lei federal, reconhecendo este ato como um abuso do poder Legislativo, sob o fundamento de estar protegendo a Quinta Emenda da Constituição Americana, reconhecendo assim a inferioridade dos negros, o que gerou grande divergência na sociedade, eclodindo posteriormente em uma guerra civil.

Foi uma clara hipótese de interferência em outros poderes (neste caso o Legislativo), invalidando um ato praticado dentro de suas competências. Neste contexto, havia grande tensão política pela indecisão acerca da escravidão, e o Presidente da época, Buchanan, buscou se eximir do julgamento, judicializando a questão.

A Corte reconheceu que não caberia a ela discutir a qualidade da norma constitucional, mas apenas aplicar, e o instrumento correto seria a emenda constitucional, e visando essa situação, retirou seu caráter de julgar se haveria justiça ou injustiça naquele caso, e conseqüentemente sua função de alterar o texto

constitucional, mas apenas aplicou o exposto na Constituição americana, pouco importando a equidade. Carlos Alexandre Azevedo Campos anota:

“*Dred Scott* também apresenta importantes lições para a abordagem do ativismo judicial deste estudo: primeiro, decisões ativistas sobre temas cruciais podem responder aos propósitos de autoridades públicas que transferem para a Corte a responsabilidade por essas decisões como parte da estratégia de evitar custos políticos de medidas controversas; segundo, decisões ativistas sobre questões cruciais devem sempre ser precedidas de cálculos precisos quanto aos efeitos sistêmicos e consequências políticas; terceiro, o caráter multifacetado das decisões ativistas e isso por que *Dred Scott*, de um lado, representou uma postura agressiva e intrusiva da Corte em assunto eminentemente político e altamente controverso, mas de outro, foi construída sobre base metodológica e institucional de humildade judicial, notadamente a declarada fidelidade ao sentido original da Constituição e a negação do poder de reforma ou *correção moral* da Carta.” (2014, p. 55).

Em sede final, fica claro a questão política que envolveu o caso de *Dred Scott*, e sua importância para o ativismo judicial.

#### **4.4.3 Caso *Lochner v. New York***

O último caso a ser citado como precedente formador do ativismo judicial é o caso *Lochner v. New York*, que trouxe um novo caráter à atuação da Suprema Corte, conforme cita Cristina Ripardo Bittencourt:

A segunda era, chamada de “Era *Lochner*”, “Era de Transição” ou “Era dos Juizes”, foi marcada pelo mundo dos negócios, ou seja, pela consolidação dos interesses econômicos e privados, como se o mercado comandasse as regras legais da época. E de fato essa posição era percebida nas decisões judiciais. (2018, p. 23).

É a chamada “Era *Lochner*”. O caso começa com a edição de uma lei do Estado de Nova York, chamada de “Lei *Bakeshop*”, criminalizando aqueles que permitissem ou ainda obrigassem padeiros a ter uma jornada de trabalho superior a 10 horas diárias ou 60 horas semanais. Havia uma grande discussão sobre a possibilidade de o Estado interferir na esfera privada ou não, principalmente nas relações contratuais.

Joseph *Lochner* era dono de uma padaria, e foi multado por violar esta lei, e judicializou a questão. Em instâncias inferiores foi mantida a condenação por meio de multa, sob pena de prisão.

O mesmo levou a questão até a Suprema Corte, com fundamento de violação da Quarta Emenda, que estabelecia a liberdade de realizar contratos. Foi reconhecida a inconstitucionalidade desta norma pela Suprema Corte, por restringir a liberdade do empregador em realizar seus contratos, sem que houvesse um fundamento razoável para tal feito.

Essa era *Lochner* ou dos Juizes foi marcada por um período de jurisprudências conservadoras. Segundo o que entendia a Corte neste período, o Estado deveria proteger apenas a liberdade individual, mas não deveria interferir na esfera dos negócios, conforme diz Bruna Villas Boas:

O julgamento do caso *Lochner* serviu como marco a sublinhar a linha conservadora — favorável à não intervenção do Estado nas políticas econômicas — adotada pelos juizes da Suprema Corte, no período de 1895 a 1937, especialmente no primeiro *New Deal* (1933-1934)<sup>33</sup> e início do segundo, quando se chegou a 50 declarações de inconstitucionalidade. (2018, p. 26).

Este era o pensamento que guiava o entendimento da Suprema Corte, da ideologia *laissez faire*<sup>13</sup>, o que gerou uma tendência não intervencionista dentro das relações particulares. No caso em questão, o fundamento se encontrou na Décima Quarta Emenda e sua cláusula que trazia o devido processo legal substancial, inclusive teorizado com base nesta previsão.

Grande discussão foi protagonizada pelos juizes John Harlan e Oliver Holmes, que ainda vencidos, trouxeram grande base de argumentação, que posteriormente quebraram os paradigmas instaurados perante a Suprema Corte contra as jurisprudências conservadoras.

John Harlan dizia que deveria prevalecer a vontade do legislador, pois existia incerteza sobre o assunto, e o legislador empregava um caráter técnico quando da elaboração da lei, por bases de estudo e cálculo, e assim, caberia a ele decidir. Oliver Holmes dizia que a *laissez faire* era uma teoria aceita apenas por parte do povo, e deveria prevalecer a Constituição.

---

<sup>13</sup> O *laissez faire* é uma expressão que representa ideias ligadas ao liberalismo econômico, pelo qual o Estado deve apenas garantir condições básicas adequadas (quanto aos direitos de propriedade), e o restante deve estar a caráter dos particulares, na esfera privada, a ser guiado de forma natural. Essa ideia visa uma não interferência estatal entre particulares, funcionando assim o mercado livremente. Esses ideais perduraram nos Estados Unidos e em países da Europa em um período que compreende do final do século XIX até o início do século XX.

Para bem dimensionar o ativismo judicial perante este caso, mais uma vez descreve Carlos Alexandre Azevedo Campos:

Na linha manifestada por Harlan e Holmes, o ativismo judicial de *Lochner* se destacou, fundamentalmente, em duas dimensões. A primeira foi que a suprema corte defendeu um direito absoluto de contratar sem previsão expressa no texto constitucional, apenas deduzindo-o de norma constitucional muito vaga e indeterminada como a do devido processo legal. (...). A segunda manifestação ativista da decisão foi o fato de a Corte *Lochner* ter interferido em caso legislativo de política pública que, por sua natureza e conteúdo, exigia deferência à capacidade epistêmica do legislador. (2014, p. 58).

Concluindo ao caso, fica evidente a divergência dos interesses no julgamento, por um lado com os juízes pro ativistas que defendiam a liberdade econômica, que tinha grande força ao tempo, e desta forma assegurando as liberdades, e por outro lado a visão autorrestritiva daqueles que defendiam a vontade do legislador, que tinha maior capacidade técnica para entender sobre questões de segurança e saúde, que não estava na alçada de competência dos juízes.

#### **4.4.4 O *new deal* de Roosevelt e a corte Warren**

Os casos anteriores são notórios, marcam o surgimento do Ativismo Judicial, e representam uma politização do sistema judiciário, por onde questões de grande relevância política eram levadas ao judiciário, para que eles decidissem. O caráter conservador marcado pelo pensamento da “Era *Lochner*” cai por terra com a Primeira Guerra Mundial, que trouxe como efeito a grande depressão. Como resposta, Franklin Roosevelt, Presidente dos Estados Unidos da América, traz o *New Deal*, buscando trazer estabilidade econômica. É o que nota Cristina Ripardo Bittencourt:

Esse traço conservador, e para alguns antidemocrático da Era *Lochner*, começa a ruir, com a ocorrência da denominada Grande Depressão no ano de 1929. Este importante fato econômico iniciado nos Estados Unidos, agregado à chegada à Presidência de Franklin Roosevelt, fez com que a Suprema Corte passasse a modificar seus julgados, e iniciou-se, especialmente a partir de 1937, uma nova era, no que concerne à atuação do Judiciário, que passou a ostentar uma posição ativista, na defesa da Constituição, em uma perspectiva mais social, e menos econômica. (2018, p. 25).

Não era uma mera mudança econômica, mas visava alterar o próprio conteúdo ideológico da Suprema Corte, tendo juízes progressistas, buscando garantir acima de tudo a liberdade e direitos básicos da sociedade. No plano legislativo, ocorreu intensa intervenção na autonomia privada das partes, por meio de fixação de valores mínimos salariais, jornada de trabalho, e outros aspectos que protegiam o homem. É neste momento que Schlesinger traz o embate da corte, entre os juízes ativistas e os autorrestritivistas, mas com um afastamento dos ideais *laissez faire*, marcantes durante a “Era Lochner”<sup>14</sup>.

Importante mencionar que, em um primeiro momento existiam juízes antigos dentro da própria Corte, que trouxeram o termo *Old Court*, sendo contrários ao *New Deal* em um primeiro momento, por seu próprio caráter conservador, por serem integrantes antigos da corte, e sobre isso Carlos Alexandre bem discorre:

Para o grupo de Frankfurter, portanto, a questão era mesmo sobre o papel limitado da Suprema Corte no sistema político: independente de se tratar de leis conservadoras ou progressistas, a postura deveria ser a de deferência aos poderes políticos. Já para o grupo de Black, a censura à doutrina de *Lochner* e à postura da *Old Court* foi de sentido liberal: contra o conservadorismo de seus juízes, mas não contrária, de forma generalizada, à postura institucional de enfrentamento ao governo. (2014, p. 67).

Havia assim divergência ideológica dentro da Corte, que não teve forças para evitar os planos de Roosevelt a longo prazo, com a introdução de novos juízes escolhidos por sua vontade, deixando seu caráter conservador. E então se chega ao ápice da discussão sobre o ativismo judicial, com a atividade da então mais famosa Corte da história americana, a Corte Warren, perdurando entre 1953 e 1969.

O ponto inicial foi com o novo *Chief Justice* Earl Warren, adepto aos ideais de Roosevelt e Black, estando assim inclinado a praticas ativistas. Está corte marcou um intenso período interpretativo, buscando garantir direitos civis e políticos, ampliando princípios constitucionais. É o que explica notadamente Cristina Ripardo Bittencourt:

---

<sup>14</sup> O período chamado de grande depressão, ou notoriamente citada como crise de 1929, se tratou de um período de crise econômica, que assolou o mundo todo, mas principalmente o Estados Unidos. De um dia para o outro houve uma quebra na bolsa de valores, que trouxe altas taxas de desemprego, visto que muitos perderam seus empreendimentos, indo caminho a falência, sendo um período de grande escassez de recurso perante grande parte da população, resultando em fome.

A Corte Warren interpretou criativamente os princípios constitucionais, expandindo seus sentidos e afirmando direitos implícitos ou apenas vagamente definidos, para promover a igualdade formal, notadamente na questão racial, a nacionalização das liberdades civis e a equidade do processo democrático. Foi uma Corte que se notabilizou e ingressou para a história do constitucionalismo norte americano, como a mais ativista das composições da Suprema Corte. (2018, p. 27).

Fato que contribuiu para o fortalecimento do ativismo dentro desta Corte foi a aposentadoria de Frankfurter, notadamente um dos maiores nomes defensores da autorrestrrição judicial, tirando o peso da oposição dentro da própria Corte. É neste momento que se forma o quadro ativista da Corte, com Warren, Arthur Goldberg, Black, Douglas e Brennan<sup>15</sup>.

A primeira e mais importante decisão desta corte se deu no caso *Brown v. Board of Education*, em 1954. O caso se inicia por provocação de Oliver Brown, contra uma escola pública em Topeka, no Kansas, pela recusa de realização da matrícula de sua filha, visto que a escola era privada a brancos, e tanto Brown como sua filha eram negros, alegando assim uma prática de segregação racial. De forma unanime, a Corte decidiu pela inconstitucionalidade da prática de segregação racial em escolas públicas, sendo uma posição totalmente contrária a decisão do caso *Dred Scott v. Stanford*.

É importante mencionar a unanimidade da decisão, sendo um fator que foi substancial para que não houvesse fortalecimento de opositores.<sup>16</sup> Este caso representa um divisor de águas na aplicação dos ideais da Corte, não sendo apenas o reconhecimento da inconstitucionalidade da segregação racial em escolas, mas principalmente o primeiro passo na luta de igualar o tratamento entre todos os homens na sociedade. Até o ano de 1969, quando Earl Warren se aposentou, a Suprema Corte americana foi incisiva na proteção dos direitos individuais, buscando igualar todos na sociedade, principalmente através das práticas ativistas, a característica marcante deste período.

---

<sup>15</sup> A estrutura da Suprema Corte americana é composta por 09 juizes, tendo como líder o Chefe de Justiça (Chief Justice). O grande fator que deu força a Corte Warren foi a união dos 05 juizes (Earl Warren, Arthur Goldberg, Hugo Black, William O. Douglas e William J. Brennan), vez que com seus votos era possível vencer qualquer discussão. É este fator que possibilitou o alto grau ativista desta Corte, ao contrário da Corte *New Deal*, pois como mencionado, havia o embate entre Hugo Black (ativista) e Frankfurter (autorrestritiva), o que gerava o embate dentro da Corte. Ainda que houvesse conflito, os ideais de Earl Warren se sobressaiam, por estar em maioria dentro da Corte.

<sup>16</sup> Durante este período havia grande separação ideológica dentro do Estados Unidos na luta racial. Os Estados do sul (conhecidos como sulistas) eram opositores da decisão da Suprema Corte, visto que havia um grande conjunto de leis que buscavam garantir a segregação racial, principalmente nas escolas, acreditando ser devido aos negros um serviço público educacional inferior, de forma que o próprio ideal de superioridade branca tivesse força.

#### 4.5 Ativismo Judicial e Judicialização

O tema da judicialização por vezes é confundido com o ativismo judicial, principalmente em tempos que muito se fala em judicialização da política. Como visto, o ativismo judicial se trata de uma proatividade do Poder Judiciário, pela decisão de assuntos, em especial de natureza política, por meio de suas interpretações da Constituição. Carlos Alexandre de Azevedo Campos diferencia da seguinte forma:

A judicialização – vale dizer, a circunstância de o Judiciário se tornar o palco final de decisões de largo alcance político, moral ou social – é uma consequência do arranjo institucional brasileiro, em que a constitucionalização é abrangente e os mecanismos de controle de constitucionalidade pródigos. É um fato, portanto. Já o ativismo judicial é uma atitude: m modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, dela extraíndo regras não expressamente criadas pelo constituinte ou legislador. (2014, p. 20).

De forma semelhante, mas guardadas diferenças, há a judicialização, hipótese em que o judiciário resolve questões de repercussão política ou social, em decorrência do próprio modelo constitucional adotado, que legitima suas decisões, e não decorre de mera vontade do intérprete judicial. O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, comenta:

*Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...). Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (2009, p. 3).

Segundo doutrina do Ministro Barroso, existem três fundamentos da judicialização. O primeiro é a redemocratização do país feita pela Constituição Federal de 1988, por onde foi dado este poder ao judiciário, o definindo como intérprete final da norma, inclusive podendo confrontar os outros poderes.

A segunda tese é a natureza da Constituição brasileira, analítica, abordando diversas matérias, inclusive não constitucionais, o que faz por vezes que assuntos políticos ou sociais sejam levados até o Supremo Tribunal Federal.

O terceiro fundamento é o próprio controle de constitucionalidade, concentrado e difuso, que legitima não apenas análises pela Suprema Corte brasileira, mas a qualquer juiz (no controle difuso), e ao mesmo tempo permite ações diretas para discutir a constitucionalidade de forma *erga omnes*.

Na judicialização, o Supremo Tribunal Federal é chamado a decidir sobre um tema, e usará como critério de decisão a aplicação da Lei, sem interpretá-la, inclusive em casos de cunho político. Mais uma vez, Luis Roberto Barroso, explica baseado no próprio modelo constitucional:

É importante assinalar que em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha alternativa de conhecer ou não das ações de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. (...) A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se a ela cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. (2009, p. 5-6).

O ativismo judicial seria uma judicialização mais ampla, não se limitando o Judiciário a aplicar a lei, mas interpretá-la, restringindo ou ampliando o alcance da norma ao caso discutido, por vezes com fundamento na inércia do legislativo. O ativismo judicial vai além da aplicação de analogia e costumes, ele cria um entendimento, uma fonte normativa. A atividade interpretativa do juiz não é ilimitada, ainda que não haja previsão legislativa, ele está limitado a princípios e outras normas que se aplicarem ao caso.

Com destaque, menciona-se aqui o princípio da legalidade. O juiz diante de uma demanda posta diante dele, não poderia ampliar o alcance de uma norma para adequá-la a conduta descrita *in casu*.

O STF desempenha assim dois papéis no Brasil, o representativo e contramajoritário. Quanto ao papel contramajoritário, se trata da postura do Judiciário a invalidar um ato praticado pelo Legislativo ou Executivo, como pela declaração de inconstitucionalidade, ou a alteração de uma política pública criada pela administração pública. Já o papel representativo se trata da postura do STF em representar o interesse da sociedade, através de atendimento das demandas sociais, como no caso em que reconheceu às uniões homoafetivas. Muito se fala sobre judicialização da política.

Em parâmetros comparativos, a judicialização seria levar temas de qualquer natureza para a análise do Judiciário, ao passo que a judicialização da política seria o tratamento que se dá aos temas de relevância política e social na sociedade. O fundamento é o mesmo, a natureza analítica da Constituição Federal. É o que diz Carlos Alexandre Azevedo:

A perspectiva das cortes como atores políticos remete ao tema contemporâneo da *judicialização da política* e de como o ativismo judicial se desenvolve em meio a esse fenômeno. Nas democracias contemporâneas, verifica-se a progressiva transferência, por parte dos próprios poderes políticos e da sociedade, do momento decisório fundamental sobre grandes questões políticas e sociais – *o espaço nobre do ativismo judicial* – para a arena judicial em vez de essas decisões serem tomadas nas áreas de políticas tradicionais – Executivo e Legislativo. (2014, p. 154).

Ensina Cristina Ripardo Bittencour (2018, pág. 49) que este fenômeno é a transferência da função decisória acerca de relevantes temas políticos, resultado da própria jurisdição constitucional, decorrendo do liberalismo político e neoconstitucionalismo, que possibilitou a tomada de decisões por estas instâncias. O próprio termo judicialização é recente<sup>17</sup>. Marcos Faro de Castro, define:

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um "direito" e um "interesse político" (Castro, 1994), sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma "política de direitos" (Tate, 1995). (1997, p. 2).

Os temas penais não necessariamente podem estar ligados a questões políticas, entretanto, há uma grande onda crescente neste século, na busca dos ideais de igualdade, garantidos pela própria Constituição Federal, em seu art. 5º, temas estes muitas vezes omissos pela Constituição Federal, por opção do Legislativo e Executivo, por se tratarem de temas polêmicos, o que enseja uma decisão do Supremo Tribunal Federal.

#### **4.6 As Dimensões do Ativismo Judicial e Seus Fundamentos**

---

<sup>17</sup> No Brasil o termo surge com Amandino Teixeira Nunes Junior, em sua obra *A constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil*

De forma superficial, o ativismo judicial já foi conceituado, entretanto, sua indefinição conceitual persiste, sendo necessário sistematizar as práticas deste modelo, suas áreas de atuação. Como em todos os ramos do direito sempre há diversas classificações, e tentativas de conceituar, e essas disposições se aplicam ao ativismo judicial. Carlos Alexandre Azevedo Campos diz:

O ativismo judicial é criticado, mas raramente são fixados critérios adequados para a identificação e avaliação. Não há realmente consenso sobre o que é o ativismo judicial e ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas. É possível haver tantas concepções de ativismo judicial quanto autores sobre o tema. (2014, p. 149).

E de forma a bem definir, a melhor separação das funções do ativismo judicial no Estado brasileiro vem de Carlos Alexandre Azevedo Campos, por sua obra *Dimensões do ativismo judicial*. Essas dimensões são definidas por seu objeto de estudo, sendo elas:

Interpretação da constituição, criação legislativa, deferência aos demais poderes, afirmação de direitos, políticas públicas e sociais, autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisões, superação de precedentes, maximalismo, partidarismo e soberania judicial. Por mais que o estudo seja notável, para o estudo do caso decisório acerca da homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal em face do princípio da legalidade, cabe apenas mencionar e comentar acerca algumas dimensões.

#### **4.6.1 Dimensão da interpretação constitucional**

A primeira dimensão que merece destaque é a interpretação da Constituição. É evidente a dimensão primária e fundamental para a existência do ativismo judicial, vez que é função do Supremo Tribunal Federal aplicar defender os valores Constitucionais, e é assim que se faz sua interpretação.

Interpretação constitucional vislumbrada sobre a ótica do Judiciário deve ser vista principalmente ampliativa, pela análise de outros princípios constitucionais, para extrair a finalidade da norma, e principalmente afirmar direitos implícitos. Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica o que compreende a real interpretação:

A interpretação consiste em determinar o sentido e o alcance da norma, a partir da compreensão do enunciado que a exprime, de acordo com o pressuposto: a boa-fé. É ela um ato de conhecimento, não de vontade. (2012, p. 1643-1644).

É a característica dos juízes ativistas não se sentirem presos a semântica dada ao texto constitucional, mas buscarem ampliá-lo, principalmente para adequar ao momento que social encontrado. Um dos maiores problemas das leis, principalmente das constituições, é sua incapacidade de acompanhar a acelerada alteração da sociedade. Evidentemente, qualquer forma de interpretação constitucional pode trazer problemas, devendo haver certos limites nesta atuação, para que não se torne um abuso. Bruna Villas Boas Campos explica:

“A pretensão, ao se analisar mais amplamente a tradição histórica do “ativismo judicial”, é evitar o aviltamento do vocábulo e a sua apropriação indevida. Isso só poderá ser feito mediante um estudo mais acurado do termo, que sirva de estímulo para um constante e permanente controle, por parte da sociedade, de abusos judiciais atentatórios à integridade do direito. Afinal, onipotência, como bem apontado por Tocqueville, é uma coisa má e perigosa, principalmente para aqueles que exercem uma grande influência sobre o próprio destino da sociedade.” (2018, p. 22).

É o que alerta em sua obra Bruna Villas Boas Campos, por meio de seu estudo a Tocqueville, o perigo da onipotência dada ao ativismo judicial, vez que legitimação interpretativa é uma via de mão dupla, ainda que exista legitimação constitucional. Essa necessidade interpretativa para afirmar direitos fundamentais é efeito do neoconstitucionalismo<sup>18</sup>, que tirou o mero caráter estruturante das Constituições, mas tornaram uma carta de extensos direitos, principalmente quanto a nossa, extremamente extensa e analítica.

#### **4.6.2 Dimensão da criação interpretativa**

A segunda dimensão do ativismo judicial seria a criação legislativa. Diante da necessidade social e fática, pela insuficiência jurídica, caberia ao juiz, através do ativismo judicial, criar normas, para suprir as lacunas, ou ainda a deficiência legislativa, conforme menciona Carlos Alexandre Azevedo Campos:

---

<sup>18</sup> O neoconstitucionalismo se inicia com o fim da segunda guerra mundial, por onde passou a se ver a necessidade de as Constituições ampliarem seus textos para integrar também direitos e garantias fundamentais, e não meramente os elementos estruturantes do Estado, principalmente no que concerne a dignidade da pessoa humana.

O ativismo judicial é também utilizado no sentido de que cortes, notadamente as cortes constitucionais e supremas, assumem *competências legiferantes* reservadas, *a priori*, pela constituição, aos outros poderes, em especial ao Legislativo. Sob esta perspectiva, o ativismo judicial não seria um comportamento apenas judicial, mas atividade *quase legislativa*. (...) O juiz ativista preenche lacunas, omissões legislativas, corregeria as leis, inovando, dando-lhes novos sentidos ou adicionando-lhes novos significados, de modo a conformá-las melhor aos princípios e valores constitucionais. (2014, p. 165).

Em perspectivas interpretativas, é possível vislumbrar a criação legislativa do ativismo judicial sobre duas vertentes. Primeiro há as situações em que não há uma norma positiva ou precedente que possa solucionar uma questão posta perante a decisão do judiciário, cabendo ao juiz ativista criar uma norma de forma originária, sendo esses os juízes inovadores. Posterior, há hipóteses em que há norma, mas há uma omissão, ou falta de adequação ao período atual da sociedade, e por meio de princípios os juízes chamados reveladores interpretam a norma para adequá-la. Sobre isto, bem explica Luiz Flávio Gomes:

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa. (2009).

Desta forma, criar legislativamente não é apenas criar direito, mas também alterá-lo. Um exemplo que pode ser dado é o das súmulas vinculantes, que são uma forma de legislar pelo Supremo Tribunal Federal, através de seus precedentes vinculantes.

#### **4.6.3 Dimensão da deferência aos demais poderes**

É nesta dimensão que se entra em discussão toda a doutrina de Montesquieu, pela separação dos poderes, e nossa própria previsão constitucional, pela harmonia e independência do Judiciário, legislativo e Executivo. Essa dimensão deve ser vista como a falta de deferência aos demais poderes, a ausência de respeito sobre suas decisões, não reconhecendo a autoridade dos outros poderes.

Canotilho em sua obra *fundamentos da constituição* fala sobre a organização do poder:

A organização do poder político assenta principalmente num critério orgânico-institucional da *separação e interdependência dos órgãos de soberania* (crf. art. 114º-1). Este critério não exclui, antes pressupõe, uma ordenação de competências dos órgãos do poder político-funcionalmente orientada. É a própria constituição que aponta para a existência de uma *ordenação de funções*, dado que vários preceitos constitucionais, ao definirem as competências de alguns órgãos. (1991, p. 186,).

É a falta de deferência que por vezes faz o Poder Judiciário ignorar as decisões dos outros poderes, substituindo por suas próprias decisões. Isso se mostra nos casos de controle de constitucionalidade em emendas constitucionais, por omissão ou incerteza acerca do texto, ignorando o princípio da presunção da constitucionalidade das leis pelo Supremo Tribunal Federal. É a definição de Carlos Alexandre de Azevedo Campos que deixa claro:

Deferência corresponde à latitude de escolha que as cortes permitem à discricionabilidade ou à margem de conformação normativa dos outros poderes quando julgam a validade dos atos formulados pelos mesmos. O juiz ativista permite pouco dessa latitude e, por isso, não encontra dificuldades, de fundo institucional, para afastar as decisões por outros poderes e substituí-las pelas próprias. (2014, p. 166).

Se tem uma linha tênue entre o respeito aos atos emanados pelos outros poderes, principalmente pautado na atividade legislativa, e a necessidade de interpretar quando a norma se mostrar ineficaz, omissa ou imprecisa. É claro, o problema é que o ativismo judicial pode não alterar uma norma deficiente, mas por vezes alterar o entendimento de uma norma por simplesmente ser contrário ao momento atual ou a própria consciência dos juízes.

#### **4.6.4 Dimensão da afirmação de direitos**

Esta dimensão é de certa forma condicionada as outras mencionadas dimensões. Os direitos fundamentais em sua previsão constitucional são genéricos, pela previsão do art. 5º da CF, como ao dizer que todos tem direito a igualdade e liberdade.

Em regra, nenhum direito fundamental é absoluto, salvo raras ressalvas, e por vezes existe falta de previsão sobre situações fáticas, quando da previsão de um direito, mas por omissão legislativa há dúvidas.

É nesses casos que o ativismo judicial surge, por meio da interpretação dos direitos fundamentais, através do olhar sobre a Constituição, cria normas originais ou ampliam seu alcance, para abranger outros direitos. Ou também em situações em que há na realidade um conflito de direitos fundamentais, devendo decidir qual deles deverá prevalecer. Finaliza Carlos Alexandre Azevedo Campos:

A agenda das cortes constitucionais é composta, principalmente, dos conflitos dramáticos que envolvem direitos fundamentais, tanto os conflitos entre direitos individuais como entre esses direitos e os interesses mais amplos da sociedade. Em todos esses casos, trata-se, no fundo, da discussão acerca da própria legitimação do ordenamento jurídico diante desses direitos, o que requer, principalmente diante da indeterminação semântica e de alta carga valorativa das normas constitucionais envolvidas, esforço de *justificação ética* ou *axiológica* das decisões judiciais verdadeiramente cruciais. (2014, p. 168).

É o que podemos constatar na decisão do Supremo Tribunal Federal que criminalizou a homotransfobia. Temos uma interpretação constitucional sobre a proteção da dignidade desta classe, por onde foi feita a criação legislativa reveladora, alterando a lei de racismo para incluir essas práticas, para assim afirmar direitos, e relativizar a liberdade, direito fundamental este, que pertence àqueles que praticarem atos homofóbicos ou transfóbicos.

#### **4.7 Questões Críticas Acerca do Ativismo Judicial**

Não é pacífica a ideia de que o ativismo judicial deve ser praticado, sendo discutido intensamente pela doutrina, e diante disto há questões que se sobressaem.

##### **4.7.1 Legitimidade das decisões judiciais ativistas**

O primeiro ponto de discussão é a legitimidade do Judiciário para agir de forma ativista, ou mais especificamente, a legitimidade para decidir através do ativismo judicial. A judicialização é um fato, decorre da previsão constitucional, entretanto, o ativismo judicial deixa suas dúvidas.

Há autores que trazem como tese de legitimidade a análise do constitucionalismo jurídico, por onde o Supremo Tribunal Federal, ao agir assim, representaria o povo<sup>19</sup>.

É o constitucionalismo que determina o povo como detentor de todo poder, e de forma indireta o estaria exercendo, através de seus representantes. Nos primórdios judiciais, o juiz era apenas “boca da lei”, e apenas aplicava o direito, mas o pensamento do constitucionalismo traz uma ideia de que o Judiciário também representaria o povo. José Joaquim Gomes Canotilho fala sobre a Constituição como lei fundamental:

Mas a CRP é uma lei diferente das outras, é uma *lei específica*. Essa especificidade está logo na forma especial de sua elaboração - através de uma Assembleia constituinte especialmente eleita para o efeito - e nas regras particularmente exigentes que presidem a sua alteração, estabelecidas por ela mesma (regras da revisão constitucional); depois, a CRP é uma *lei necessária*, no sentido em que não pode ser dispensada ou revogada, mas apenas modificada; finalmente é uma *lei hierarquicamente superior* - a lei fundamental, a lei básica -, que se encontra no vértice da ordem jurídica, à qual todas as leis tem de submeter-se. (1991, p. 40).

Destes pontos trazidos por Canotilho, o principal a se destacar é a especificidade em sua elaboração, vista que é elaborada por uma Assembleia Constituinte, cuja finalidade é a elaboração do texto magno. É uma clara representação do poder emanado pelo povo, já que são escolhidos pelo povo, para criar o texto constitucional. Hart comenta sobre o assunto, mencionando inicialmente o posicionamento de Dworkin, e posteriormente colocando sua visão:

Os juizes não são, em regra, eleitos e, numa democracia, segundo se alega, só os representantes eleitos do povo deveriam ter poderes de criação do direito. Existem muitas respostas a esta crítica. Que aos juizes devem ser confiados poderes de criação do direito para resolver litígios que o direito não consegue regular, pode ser encarado como o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios, tal como o reenvio da questão ao órgão legislativo, e o preço pode parecer baixo se os juizes forem limitados no exercício destes poderes e não puderem modelar códigos ou amplas reformas, mas apenas regras para resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos. (1994, p. 338).

---

<sup>19</sup> O constitucionalismo foi um movimento iniciado na Europa, principalmente em países como a Inglaterra, Espanha e França. O movimento se expandiu até chegar no Estado norte-americano, e se fundava principalmente na insatisfação do povo perante os abusos praticados pela Monarquia, e surgem ideais de limitações a atuação deste poder, com a criação de instituições estatais para proteger o indivíduo.

Por mais que o Supremo Tribunal federal esteja em constante perseguição da efetivação dos direitos fundamentais, eles não são escolhidos pelo povo. Muitas vezes há divergência entre a decisão do legislador constituinte e o viés interpretativo do Judiciário, e daí surge o debate sobre legitimação, já que o legislativo é sim legitimado através do voto, e para aqueles que defendem ilegitimidade do ativismo judicial utiliza este fundamento como base.

Entretanto, é errado pensar no ativismo judicial sob a ótica da legitimidade, afinal, os juízes são legítimos a decidirem sobre os casos levados até sua jurisdição. O que se deve discutir sim é o limite das decisões judiciais, do próprio ativismo judicial. Carlos Alexandre Azevedo Campos ensina que há quem defenda as decisões judiciais ativistas dentro das decisões judiciais legítimas, sendo uma escolha do aplicador do direito na hora de decidir, *in verbis*:

Em sentido diametralmente contrário, existem os que sustentam ser a “decisão judicial ativista” espécie do gênero “decisão judicial legítima”. O Ativismo judicial seria sempre exercido dentro da zona racional de criação judicial do direito, estando inserido nos limites de legitimidade judicial”. (2014, p. 158).

O tema é conturbado, e da premissa do constitucionalismo o debate toma proporções maiores, ainda buscando como fundamento o exercício de poder político baseado no mandado popular, pelo exercício indireto do povo no poder. Dentro de nossa realidade constitucional, diante do ordenamento jurídico brasileiro, Luis Roberto Barroso discorre:

Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como *dificuldade contramajoritária*. (2009, p. 10).

Luis Roberto Barroso traz dois fundamentos. O primeiro é a justificativa normativa, vez que a própria Constituição Federal de 1988 confere este poder ao Supremo Tribunal Federal, sendo a própria função jurisdicional, como aplicador do direito e intérprete final das normas, cabendo a ele interpretar em certas situações já mencionadas, como em casos de omissões ou expressões vagas, e por estar essa

previsão no texto constitucional, essa seria a vontade do povo. Exemplos de expressão vaga em nosso ordenamento é a própria dignidade da pessoa humana, ou a boa-fé objetiva, que exigem uma análise do aplicador do direito.

O segundo fundamento é de cunho filosófico, pela própria sistemática que há em nosso ordenamento, pelo Estado democrático de direito e o Constitucionalismo. Por um lado, há a razão, a lógica jurídica, e por outro o grande respeito aos direitos fundamentais, e desta relação surgem conflitos, principalmente no embate de direitos fundamentais. Existe a democracia, prevalecendo a vontade da maioria, mas também há necessidade em defender as minorias, sendo esse o papel do Judiciário, como intérprete final de nossa Carta Magna, cabendo ao Supremo Tribunal Federal defender os direitos fundamentais de toda a sociedade.

Contra estes argumentos, grande parte da oposição entende que essa legitimidade do texto constitucional não se aplica a questões políticas, que caberiam na realidade a decisão dos outros poderes.

#### **4.7.2 O princípio da autolimitação judicial e o risco da politização da justiça**

Este princípio é consagrado na obra de José Joaquim Gomes Canotilho, e definido pelo juiz da Suprema Corte americana, por John Marshall, conforme o doutrinador Português discorre:

É outro dos princípios importados da jurisprudência norte-americana e fundamentalmente reconduzível ao seguinte: *os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas*. O princípio foi definido pelo Juiz Marshall como significando haver certas «questões políticas», da competência do Presidente, em relação às quais não pode haver controle jurisdicional. No entanto, como acentua a própria doutrina americana, a doutrina das questões políticas não pode significar a existência de *questões constitucionais* isentas de controlo. (1993, p. 1135-1336).

O autor fala acerca da autolimitação que os próprios juízes devem praticar, se afastando das decisões de cunho político, de competência do Presidente. Existe uma linha tênue entre o direito e a política, pois é claro, este órgão tem fundamento ético, buscando aplicar a justiça, e ao mesmo tempo, não há uma neutralidade pura dos juízes, que são os interpretes do direito. Esse é um dos problemas do ativismo judicial, ele permite que o juiz crie.

O direito não é política, e não se pode tornar política, não poderia um Ministro do Supremo Tribunal Federal votar com base em interesses pessoais, mas de acordo com o direito posto. É o que fala Luis Roberto Barroso:

O ministro do tribunal superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude a priori de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo. Uma outra observação é pertinente aqui. Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação. (2009, p. 14).

Ainda que não eleito pelo povo, a Corte Superior deve agir de forma a representar a vontade de todos, pois o poder emana do povo, ainda que para atender as minorias, de forma contramajoritária. A politização não é necessariamente uma consequência do ativismo judicial, mas um risco, e se encaixa na doutrina de Dworkin, que condena o ativismo judicial e pragmatismo jurídico. Este é o risco da politização da justiça, se aproximar do pragmatismo jurídico, e ao interpretar a norma e criar direito, o juiz pode vir estar vinculado a interesses exteriores, deixando seu caráter isento, e provendo risco para sociedade.

#### **4.7.3 Os limites para as decisões ativistas**

Há uma necessidade em definir limites para as decisões sobre ativismo judicial, se inserindo dentro da própria atuação do Poder Judiciário. É mister o entendimento de que a atividade interpretativa não é exclusiva dos magistrados, embora este órgão seja incumbido de dar a última palavra sobre as normas, não quer dizer que toda e exclusiva discussão acabará por sua interpretação, também compete aos outros poderes em certas situações, em matérias que versarem sobre necessitarem de conhecimento técnico ou específico.

Dentro do embate acerca dos limites do ativismo judicial, há um duelo de ideias de Ronald Dworkin e Herbert Adolphus Hart, ambos estudiosos da teoria positiva, mas Hart tendo um pensamento mais contemporâneo. Joana de Souza Machado inicia o pensamento de Hart:

A contribuição de Hart para a reflexão das decisões judiciais corresponde à conciliação de argumentos de correntes opostas sobre o tema – a corrente mecanicista, que identifica na decisão judicial um exercício de mera cognição; e a corrente cética ou realista, para a qual a decisão judicial constitui exercício essencialmente criativo. (2008, p. 32).

Para Hart, o ativismo judicial seria uma consequência da própria análise dos casos concretos, um encargo da discricionariedade judicial, conforme expressa, pela incapacidade legislativa de prever todas as situações cotidianas:

Simplesmente este mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade. (HART, 2001, p. 142).

A linha tênue que diferencia a teoria de Dworkin e Hart são os *hard cases*. Para Hart, as decisões judiciais interpretativas poderiam tanto incluir os casos simples ou fáceis, como quando um juiz torna uma norma clara, e também nos casos difíceis, conforme ele mesmo leciona:

(...) Haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. (HART, 2001, p. 336).

Hart possui claros traços do pragmatismo jurídico em sua doutrina, pois o mesmo é assertivo em dizer que o juiz deve agir como o legislador consciencioso, utilizando sua própria consciência na hora de decidir, ainda que esteja vinculado a razões, neste caso fundamentos jurídicos, que justifiquem sua escolha criativa, o que é rechaçado por Dworkin, conforme expressa Cristina Ripardo Bittencourt:

Ronald Dworkin, filósofo do Direito norte americano foi um antagonista do ativismo judicial, embora admitisse que em casos difíceis (*hard cases*), o Judiciário poderia ter uma atitude criativa, contudo baseada em princípios sobre justiça, equidade e devido processo legal. Para ele o ativismo judicial deve ser alicerçado em argumentos racionais e controláveis, posicionando-se contra quaisquer abusos por parte dos juízes, embora entendesse que o retorno ao positivismo puro seria um retrocesso. Em sua leitura interpretativa, o Poder Judiciário, ao aplicar o direito, deve observar que a moralidade política constitui o ponto central da Constituição. A discricionariedade, desta forma, enfraqueceria sobretudo três princípios intransponíveis da democracia liberal: autonomia pública, segurança jurídica e separação de poderes. (2018, p. 71).

Para Dworkin, mesmo diante dos *hard cases*, ainda que o juiz tivesse uma atitude criativa, não seria pautada por sua razão interna, mas sim pelos princípios de justiça, igualdade e devido processo legal. Ao passo que Hart pende a um ativismo judicial mais amplo, no tocante ao conteúdo decisório, Dworkin acredita em uma vinculação do intérprete, ainda que tenha que ser chamado a criar direito de forma originária. Dworkin menciona em sua obra o princípio da integridade da prestação jurisdicional, por onde menciona:

(..) nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob normas explícitas. Para nós, a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, mas isso não significa que, em alguma das duas formas assinaladas, a integridade seja necessariamente, ou sempre, superior às outras virtudes. (1999, p. 261-262).

O autor dá grande importância aos princípios, pelo reconhecimento dos próprios *hard cases*. É inevitável que questões não previstas pelo legislador irão surgir, e neste caso caberá ao juiz trazer uma nova interpretação, entretanto, diverso a doutrina de Hart, não haveria tamanha liberdade para realizar esta interpretação, o juiz estaria vinculado a princípios. Um pouco mais tarde, Mauro Cappelletti, renomado doutrinador Italiano, buscou tratar especificamente do tema por meio de sua obra *juízes legisladores*, por onde inicia falando acerca do papel criativo dos juízes:

Na verdade, a expansão do papel judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de “*checks and balances*”, à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno. (1999, p. 19).

Segundo sua doutrina, o papel do judiciário dentro do papel criativo dos juízes é essencial para a efetivação do sistema de freios e contrapesos. O autor não distancia a interpretação e a criação do direito, sendo ambos utilizados juntos, mas realiza sua distinção, extremamente essencial para dimensionar assim os limites que serão propostos:

Quando se afirma, como fizemos, que não existe clara oposição entre interpretação e criação de direito, torna-se contudo necessário fazer uma distinção, como dissemos acima, para evitar sérios equívocos. De fato, o

reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha -, não se deve ser confundido com a afirmação de *total liberdade do intérprete*. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*. (CAPPELLETTI, 1999, p. 23-24).

Cappelletti conclui explicando a diferença entre discricionariedade e total liberdade dos intérpretes, através da concepção de que os juízes não tem total liberdade, vez que o próprio sistema jurídico estabelece limites, de cunho processual e substancial.

Os limites processuais seriam a o próprio processo estabelecido em lei, a natureza da prestação jurisdicional, não poderia um juiz agir *ex officio*, ele deve ser chamado para atuar, ser provocado, conforme o já mencionado princípio da inércia da jurisdição, e ainda, sua atuação deve ser na forma prescrita na lei, efetivando o chamado devido processo legal.

Os limites substanciais seriam variáveis, de acordo com o período e a sociedade em que se está buscando a atividade interpretativa, diante do próprio ordenamento jurídico, estando ligados ao direito material, nossos códigos, decisões de assembleias, e até mesmo os precedentes dos Tribunais (o não respeito aos precedentes é uma marca do ativismo judicial), sendo uma verdadeira sujeição a lei. Elival da Silva Ramos define:

Os limites substanciais a serem observados pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica são referentes à atividade de interpretação e aplicação que constitui o seu cerne, a qual sempre considera o conjunto do ordenamento, seja para fixar o sentido das disposições que o integram, seja pra estabelecer a adequada relação entre elas. (2015, p. 142).

Com um olhar crítico, diante de nossa Constituição Federal, devemos entender a natureza de certas normas que são extraídas. O constituinte originário, incumbido da função de criar o texto constitucional, estabelece ali normas que são consideradas constitucionais, não há que se discutir isto. Entre essas normas estabelecidas há algumas que merecem destaque, como as cláusulas pétreas e os princípios protetivos contra o abuso estatal.

Na esfera penal, o assunto é ainda mais complexo, vez que existem os princípios limitadores do poder punitivo estatal, entre eles, especialmente a

mencionar o princípio da estrita legalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, insignificância, culpabilidade e outros. Uma violação a esses princípios representa um abuso estatal, ainda que sua finalidade seja benéfica. Um abuso não é medido pela sua consequência, mas como se perfaz o ato.

De forma geral, se qualquer dos poderes viola alguma cláusula pétreia ou um princípio limitador do poder punitivo estatal, há um abuso que deve ser rechaçado. Ainda que os juízes criem direito para proteger as minorias, existe limitação nessa criação. Isso se dá pela força normativa da constituição.

#### **4.8 O Ativismo Judicial Da Suprema Corte Brasileira**

O Supremo Tribunal Federal é a Corte Suprema do Estado brasileiro, considerado pelo próprio texto constitucional como o intérprete final da lei, sendo a ele dado o dever de decidir quando da deficiência legislativa, inclusive para o já mencionado controle de constitucionalidade. Foi o advento da Constituição de 1988 que trouxe maior amplitude a atuação ativista. A Suprema Corte desde 1891 brasileira já tinha um poder de aferição das normas de acordo com a Constituição, mas o que possibilitou efetivamente a atuação na dimensão da criação legislativa foi a promulgação da *Lex Mater*, conforme menciona Joana de Souza Machado:

Sob o desenho do novo texto constitucional, o Supremo possui um amplo leque de competências, originária, recursal ordinária e recursal extraordinária. A competência originária, exercida pelo STF como única instância, recebeu importantes incrementos com a Constituição de 1988, tal como a introdução de mecanismos voltados à apreciação de casos de omissão inconstitucional: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º). (2008, p. 58).

Desta forma, surge a competência originária ao STF, sendo instituídos dois instrumentos, o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI, CF/88), dizendo “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF/88), ao dizer “declarada a inconstitucionalidade por omissão da medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder Competente para a adoção das

providências necessárias, e, em se tratando de órgãos administrativos, para fazê-lo em trinta dias”.

Em sede inicial, importa falar sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Este é um instituto recente, trazido pela atual Carta Magna, quando da omissão do Poder Legislativo em observar sua função de legislar, e sobre isso discorre Gilmar Mendes:

Tem-se *omissão absoluta ou total* quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional. (...) Caso clássico de omissão parcial é a chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. Tem-se a “*exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*” se a norma afronta o princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontrem em condições idênticas. (2014, p. 1030).

Essa omissão se dá quando existe um direito constitucional previsto, mas existe a ausência legislativa no sentido de garantir, vez que se trata de uma norma não autoexecutável. Inclusive, esta omissão pode não ser por exclusividade na regulamentação de normas do Congresso Nacional, mas também do Chefe do Executivo, pela não implementação, por exemplo, de políticas públicas, visando garantir o dogma constitucional.

Entretanto, o texto constitucional é claro em determinar que quando da declaração da inconstitucionalidade por omissão, a medida correta a se tomar é dar ciência ao Poder competente, para que ele tome as medidas necessárias, e não caberia ao Judiciário editar norma ou política pública por conta própria. Não há que se fazer qualquer interpretação diante deste texto, a norma é clara, e não legitima o Judiciário a editar a norma ou política pública por conta própria.

Doravante, há a figura do mandado de injunção, com objetivo de combater a morosidade do Poder Público em sua função de legislar, nos casos em que se tratar de norma de eficácia limitada, da mesma forma que na ação de inconstitucionalidade por omissão, devendo se tratar de uma norma “não autoexecutável”. É o que comenta André Ramos Tavares:

Não se admite o mandado quando se pretende apenas que haja uma nova legislação para fins de modificar aquela já existente, ainda que esta seja incongruente com a Constituição. Da mesma maneira, não se admite o mandado de injunção quando o objetivo for de obter do Judiciário o

pronunciamento acerca do que seria a correta interpretação da legislação existente. (2012, p. 1019-1020).

O dispositivo constitucional não especifica a quem caberia editar a norma para suprir a omissão, havendo inclusive alteração no entendimento dentro do Supremo Tribunal Federal ao longo do tempo. Primeiro havia o posicionamento do Ministro Moreira Alves, que entendia pela incompatibilidade com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, devendo a questão ser enviada ao órgão competente, para que tome as devidas providências.

Conforme explica André Ramos Tavares (2012, pág. 1024), a orientação da Suprema Corte brasileira hoje é outra, da própria linha de julgamento dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, que entendem pela possibilidade do próprio Supremo Tribunal federal legislar para o caso, deixando o caráter meramente declaratório do MI, para atuar proativamente.

A diferença entre o Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por omissão reside em diversos aspectos, importando dizer sobre a legitimidade ativa<sup>20</sup> e sobre os efeitos da decisão. Quanto aos efeitos da decisão, havia certa incerteza sobre quais seriam os efeitos, se seriam *inter partes* ou *erga omnes*. O autor Celso Ribeiro Bastos entende que na realidade os efeitos seriam *inter partes*, pois existem inclusive outros instrumentos para buscar um controle abstrato de normas, como a ADPF. É o que também entende o ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do Mandado de Injunção 708-0, confirmado assim por André Ramos Tavares:

A conclusão do ministro é tecnicamente impecável, pois, como mencionado anteriormente, é imprescindível distinguir entre decisões proferidas em sede de mandado de injunção, um instrumento de controle concreto, das decisões próprias de uma Justiça Constitucional abstrata (via ADIn por Omissão ou ADPF), sob pena de confusão e desvirtuamento de institutos (especialmente porque a legitimidade ativa para ação abstrata é enumerada e fechada constitucionalmente). Isso bem demonstra que, apesar de se tratar de um mandado de injunção coletivo, a decisão poderia, ainda assim, ser diferenciada em relação àquela proferida em sede de controle abstrato. (2012, p. 1027).

---

<sup>20</sup> No caso da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão tem-se como legitimados aqueles arrolados pelo próprio art. 103, "d", do texto constitucional, ao passo que o Mandado de Injunção é um instrumento de exercício popular, podendo ser ajuizado por qualquer um dentro da sociedade, desde que sinta falta da norma regulamentadora que torne inviável o exercício de seus direitos, em especial a liberdade. O entendimento atual da Suprema Corte é que no caso do mandado de injunção é necessário também que se tenha uma ofensa de direito concreta.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, através de suas decisões, vinha entendendo por efeitos *erga omnes* da decisão. Para resolver o assunto foi editada a Lei nº 13.300 de 2016, que veio a regular o próprio processo e julgamento dos mandados de injunção, individual e coletivo. O art. 8º determina que nos casos em que houver mora legislativa, deverá ser concedido prazo para que o Congresso Nacional resolva o assunto, pela edição de norma regulamentadora, e findo o prazo, se ainda omissa, caberá ao Judiciário fixar o entendimento, até que o Legislativo edite uma norma.

Já o artigo 9º, §1º da lei, definiu que poderá ser dado efeito *erga omnes* a decisão, desde que seja indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa da matéria discutida, o que dá a possibilidade de modulação dos efeitos perante o caso concreto.

Superada as questões acerca da competência originária do Supremo Tribunal Federal para os casos de omissão legislativa, é importante mencionar que o caráter ativista não foi imediato após a promulgação da Constituição de 1988, mas foi se intensificando ao longo do tempo, principalmente com as alterações na composição da Corte. Existem notórios casos, como se verá agora, e formas pelo qual o Poder Judiciário se utiliza para legislar, ainda que não altere a lei positivamente.

#### **4.8.1 Súmulas vinculantes**

Súmulas são uma forma de precedentes do Poder Judiciário, sedimentando um enunciado jurisprudencial decorrente de diversas decisões em sentido igual, podendo ser editadas não apenas pelo Supremo Tribunal Federal, mas também pelos outros Tribunais. Avante, as súmulas vinculantes são um instrumento exclusivo do Supremo Tribunal Federal, advindas pela Emenda Constitucional 45/2004, trazendo o art. 103-A da CF.

Art. 103-A, CF/88: O Supremo Tribunal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento da súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Sua finalidade está prevista no §1º do referido artigo, sendo o instrumento para resolver controvérsias entre órgãos judiciários ou entre esses e administração pública, para resolver processos de forma eficiente e em sentido igual. É o que explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“Esta súmula é um enunciado que deve explicitar o entendimento (a jurisprudência) do Supremo Tribunal Federal sobre questão de matéria constitucional, definido “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas”, ou seja, a sua interpretação, nisto incluído o juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Tal enunciado somente poderá ser editado depois de reiteradas decisões sobre a questão”. (2012, p. 307).

É uma própria legitimação constitucional para às práticas ativistas do Supremo Tribunal Federal, pois se trata de uma forma de legislar. Neste quesito, não se trata de uma criação legislativa inovadora, mas apenas reformadora, ela já precede um texto constitucional, mas em face da controvérsia que existe, acaba por definir uma interpretação fixa.

Este efeito vinculante também é comum nos casos de controle de constitucionalidade, em especial nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade. O efetivo vinculante faz com que sua aplicação seja obrigatória tanto pelo Executivo quanto pelo Judiciário, por isso se fala em criação legislativa. Se tratam realmente de fontes do direito, que vinculam diretamente não apenas o Poder Judiciário em todas instâncias, mas a administração pública direta e indireta, conforme André Ramos Tavares determina:

Permaneça-se aqui na mesma linha do que já propugnava KELSEN, que considerava a tarefa judicial como uma fase complementar dentro do ciclo (ou linha) da produção normativa<sup>10</sup>. Em outras palavras, também o magistrado cria Direito, e não apenas o legislador (nem tão somente por ditar a “lei” para o caso concreto). Toda aplicação de lei pressupõe um ato interpretativo, e a interpretação constitui um ato de criação do agente. O significado da lei não se extrai dela, mas antes é construído pelo intérprete, dentro, dentre outros, dos limites do texto legal. (2012, p. 427).

No caso das súmulas vinculantes, a proposição pode vir tanto quando por provocação, quando também da apresentação da proposta por qualquer dos Ministros, durante o julgamento de alguma demanda, podendo também ser revisada, por meio do remédio constitucional da reclamação. Mas é certo que as súmulas vinculantes representam uma forma de legislar do próprio Poder Judiciário, podendo vir inclusive de proposta de seus membros.

#### **4.8.2 Mutação constitucional**

O texto constitucional está sujeito a alterações, salvo as já mencionadas cláusulas pétreas. O procedimento correto para se realizar essas alterações é a emenda constitucional, sendo um processo rígido para alteração, que cabe ao Poder Derivado exercer, pois é o representante do povo. Entretanto, por vias ativistas, o Supremo Tribunal Federal vem realizando o fenômeno chamado de mutação constitucional, conforme explica Luis Roberto Barroso:

“A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito. O mesmo se passará em relação à interpretação administrativa, cuja alteração, inclusive, tem referência expressa na legislação positiva.” (2010, p. 130).

Mutação Constitucional se trata da interpretação que o Supremo Tribunal Federal pode fazer perante a Constituição Federal, para adequá-la conforme o interesse coletivo, levando em consideração as mudanças da sociedade, e em face da omissão legislativa, utiliza através do ativismo judicial um meio de alterar a interpretação do texto constitucional, sem que haja de fato uma alteração gramática.

É uma forma de alteração do texto constitucional informal, sem observar o procedimento legislativo correto, sob o reiterado fundamento de inércia do Poder competente. Para entender do que se trata a mutação constitucional, serão apresentados casos concretos decididos pelo Supremo Tribunal Federal.

### **4.8.3 Reconhecimento união homoafetiva**

O art. 226, §3º, da Constituição Federal, em sua redação original, somente previa a união estável entre homem e mulher, de forma a formar entidade familiar. Entretanto, visando dar maior amplitude, o STF a partir do julgamento da ADI 4277 reconheceu a união homoafetiva dentro da definição de família, estendendo o conteúdo trazido pelo dispositivo originalmente.

A ADI 277 foi proposta pela Procuradora-Geral da República, e teve como Relator o ex-ministro Ayres Britto, fundado sobre os princípios da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica (pela incerteza que se tinha da questão) e da razoabilidade ou proporcionalidade (deve se justificar a imposição de uma restrição a um bem jurídico, se não se trata de preconceito ou autoritarismo racial).

É uma decisão que mostra o Supremo Tribunal Federal efetivando direitos fundamentais das minorias, principalmente da igualdade e dignidade da pessoa humana, especialmente das comunidades LGBTI+, sendo uma prática que vem sendo mais comum, como também pela decisão da Ministra Carmén Lúcia, no Recurso Especial 846.102, que decidiu pela possibilidade de adoção por casal homoafetivo.

### **4.8.4 Inconstitucionalidade da proibição de progressão de regimes nos crimes hediondos**

Em sua redação original, a lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90) trouxe em seu art. 2º, §1º, a previsão de que estes crimes abordados pela Lei seriam cumpridos integralmente em regime fechado. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 82.959-7 decidiu pela inconstitucionalidade do dispositivo, sob o fundamento de que isto afrontaria o princípio da individualização da pena, direito fundamental previsto no art. 5º, inciso LXVI.

Foi uma interpretação do Supremo Tribunal Federal na seara penal, tendo um caráter interpretativo restritivo, foi feita uma interpretação mais benéfica aos acusados, o que é permitido pela própria Lei.

Inclusive, foi essa decisão que ensejou a criação da súmula vinculante 26, que permite a progressão de regimes a quem for condenado por crime hediondo.

É uma atuação do Supremo Tribunal Federal passando por várias dimensões do ativismo judicial. Foi feita uma interpretação constitucional de um princípio, bem como criou-se uma súmula vinculante, figura já mencionada, que é uma forma propriamente dita de legislar. Além disso houve o desrespeito a decisão do Poder Legislativo, para assim afirmar direitos da população.

#### **4.8.5 Prisão em segunda instância**

O tema de prisão em segunda instância representa a superação de precedentes pelo Supremo Tribunal Federal, característica marcante do ativismo judicial, e neste caso ainda ressaltadas outras peculiaridades. Em um primeiro momento o assunto foi tratado pelo Habeas Corpus 84.078, em 2009, decidindo pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena.

Posteriormente, em fevereiro de 2016, foi tratado o tema novamente pelo Habeas Corpus 126.292, com um mesmo placar de 7x4 foi reconhecida a possibilidade de cumprimento antecipado da pena. Nesta oportunidade o Ministro Gilmar Mendes mudou sua decisão sobre o mesmo tema, vez que na primeira discussão o Ministro teve um posicionamento contrário, e neste novo Habeas Corpus seu posicionamento foi favorável a prisão em 2ª instância. Inclusive, no mesmo ano de 2016 houveram novos embates acerca do tema, sendo mantido o entendimento.

Passando a frente, no ano de 2018 foi julgado o HC 152.752, do ex-Presidente da república Luiz Inacio Lula da Silva. Nessa oportunidade, o Supremo Tribunal Federal entendeu mais uma vez pela constitucionalidade da prisão em segunda instância. Por fim, no ano de 2019, foram julgadas em definitivo as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43,44 e 54, por onde foi entendida a prisão em segunda instância como inconstitucional.

O que se aprende definitivamente por essa constante indecisão do Supremo Tribunal Federal é a intensa superação de precedentes, em um período de 10 anos houve mudança no entendimento por três vezes. Importa dizer que, os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber e Dias Toffoli participaram de diversas decisões, e mudaram seu entendimento ao longo do tempo.

Dentro da Suprema Corte há mudança não apenas do entendimento sobre o tema, mas o entendimento dos próprios Ministros, entendimento este baseado em interpretação. Isto é um claro precedente negativo para as interpretações do Supremo Tribunal Federal, vez que a norma constitucional que prevê o princípio de presunção de inocência não se alterou, mas a interpretação dos Ministros sim.

Esse paradigma interpretativo que altera os entendimentos por diversas vezes representa uma clara insegurança jurídica perante a sociedade, fato este que se aplica a todos princípios constitucionais, principalmente de direito penal, que não podem ser relativizados, não pode haver margem interpretativa, sob risco de arbitrariedade perante a sociedade.

É a clara politização da justiça nas entranhas do Supremo Tribunal Federal, ainda que implicitamente. A tensão política que estava instaurada durante o julgamento do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva fez com que muitos decidissem pela constitucionalidade da prisão em segunda instância, pela pressão popular. O que foi alterado no ano de 2019, quando do julgamento definitivo, que já havia menos tensão.

## 5 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE CRIMINALIZOU A HOMOTRANSFOBIA

A história da humanidade, em especial da própria nação brasileira, sempre foi marcada pelo intenso caráter discriminatório, em termos temporais, a própria escravidão foi abolida de forma recente. E dentro destas práticas arcaicas e violadoras sempre houve a homofobia e transfobia, que persistem até os dias atuais, ainda que exista ampla proteção da dignidade da pessoa humana por nossa Constituição Federal. Daniel Borillo conceitua homofobia para ficar mais claro:

A homofobia pode ser definida como a hostilidade geral, psicológica e social contra aquelas e aqueles que, supostamente, sentem desejo ou têm práticas sexuais com indivíduos de seu próprio sexo. Forma específica do sexismo, a homofobia rejeita, igualmente, todos aqueles que não se conformam com o papel predeterminado para seu sexo biológico. Construção ideológica que consiste na promoção constante de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e, dessa postura, extrai consequências políticas. (BORILLO, Daniel, 2010, p. 34).

Enquanto a homofobia se trata da hostilidade contra aqueles que sentem atração por pessoas do mesmo sexo, a transfobia é a aversão a transgêneros, entre eles transexuais, travestis e outros com identidade de gênero diversa. É certo que nossa sociedade vem passando por transformações, principalmente no que conserte a preocupação dada a liberdade de todos terem sua própria orientação sexual, entretanto, ainda há grande resistência por grande parte da população, o que culmina em diversas práticas discriminatórias contra a comunidade LGBTQ+, violadoras de sua honra.

Inclusive, a homossexualidade já foi considerada uma doença, sendo retirada da lista da Organização Mundial da Saúde em 1990. Entretanto, ainda há este enrustido conceito pejorativo dado por parte da sociedade, o que por vezes traz casos comuns de violência contra homossexuais, e principalmente casos discriminatórios. Entretanto, não havia qualquer previsão específica tipificando essas práticas, tão somente pelo crime de injúria (art. 140, CP), o que gerava um grande sentimento de impunidade e desamparo.

Dentro deste problemático campo fático e jurídico, foram propostas duas ações perante o Supremo Tribunal Federal.

Primeiro temos o mandado de injunção 4.733 impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), figurando como Relator o Ministro Edson Fachin, tendo como pleito obter a criminalização específica da homofobia e transfobia, através do reconhecimento da omissão legislativa em proteger os direitos fundamentais de igualdade e dignidade do grupo LGBTI+<sup>21</sup>.

Inclusive com fundamento no princípio da proporcionalidade, e que essas práticas se enquadrariam como espécies do gênero racismo. Além disso, findo o prazo, ou caso a Corte entendesse sua fixação, pleiteavam a criminalização dessas condutas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, e o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado a indenizar as vítimas dessas práticas por não existir uma eficiente criminalização.

Também foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, tendo como Relator o Ministro Celso De Mello, proposta pelo Partido Popular Socialista, em mesmo sentido, buscando reconhecer a omissão legislativa em garantir os mandamentos constitucionais, em especial previstos no art. 5º, inciso XLI e XLII, que determinam respectivamente, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, e “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Segundo os pedidos realizados, além do reconhecimento da omissão legislativa, que prevê a necessidade de punição da Lei contra qualquer forma de discriminação, inclusive do grupo LGBTI+, também que fosse reconhecida a mora do Congresso Nacional, estabelecido prazo razoável para que fosse aprovada legislação incriminadora das práticas de homofobia e transfobia, e em caso de transcorrido o prazo, que fossem criminalizadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Inclusive, sendo incluídas essas criminalizações específicas dentro da Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89), e de igual forma fosse fixada a responsabilidade civil do Estado brasileiro por sua inércia, indenizando todas as vítimas que sofreram práticas de homofobia e transfobia.

---

<sup>21</sup> Esta sigla se refere ao grupo composto por gays, lésbicas, bissexuais, transsexuais, travestis, transgêneros e quaisquer pessoas que tenham orientação sexual diversa daquelas sedimentadas em nossa sociedade. Esta sigla representa uma clara união deste grupo de pessoas, com a finalidade de buscar efetivar essa luta e ganhar forças, principalmente para garantir sua liberdade de escolher sua orientação sexual, e ainda dentro de sua escolha ter respeitada sua dignidade humana.

Tanto a ADO como o MI foram julgadas concomitantemente, no dia 13 de junho de 2019, onde por maioria em votação foi julgado o pleito procedente, conforme se vê no acórdão da ADO nº 26:

ADO 26: ACÓRDÃO: Por maioria e nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para:

- a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI;
- b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;
- c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99;
- d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI + , em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja , ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão.

(Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Min. Rel. Celso de Mello, julgado em 2019).

Ambas ações buscavam o reconhecimento da omissão e mora legislativa, fixação de prazo para que fosse editada uma Lei pelo Congresso Nacional, e em sua falta, a criminalização específica dentro da Lei de Racismo pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, outra temática pertinente no julgamento, também resolvida pela decisão, versava sobre a liberdade de crença.

Em sua decisão, o STF reconheceu a omissão e mora inconstitucional praticada pelo Congresso Nacional, e assim este foi cientificado para que edite uma norma e concretize assim os mandamentos constitucionais, enquadrando essas condutas como tipos penais dentro da Lei de Racismo, e enquanto ainda houvesse esta omissão, sem que fosse ditada uma Lei pelo órgão competente, por interpretação extensiva a Lei nº 7.716 (Lei de Racismo), o Supremo Tribunal Federal incluiu essas práticas discriminatórias como crimes de racismo. O STF estendeu a Lei de Racismo, incluindo assim a homotransfobia dentro deste específico diploma normativo.

É a própria Constituição Federal que veda os tratamentos discriminatórios e as práticas de racismo (vide art. 5º, incisos XLI e XLII), para proteção de dois direitos fundamentais, a igualdade e dignidade da pessoa humana, sendo esses os bens jurídicos tutelados pela Lei nº 7.716/89. Em sentido igual temos o acórdão do MI 4.733:

MI 4.733: ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/1989 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental. (Mando de Injunção 4.733, Min. Rel. Edson Fachin, julgado em 2019).

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal, se deu por maioria dos Ministros, sendo favoráveis os Ministros Celso de Mello, Edson Fachin, estes relatores, e também Alexandre de Moraes, Luis Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes. Contrários foram os Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio. Para tanto, é necessário entender os pontos fixados na decisão.

## 5.1 O Reconhecimento Da Mora Legislativa

O primeiro aspecto que permeou a decisão da Suprema Corte brasileira foi o reconhecimento da omissão e mora legislativa em garantir os direitos fundamentais de igualdade e dignidade da pessoa humana do grupo LGBTI+, pela falta de criminalização das práticas de homofobia e transfobia. É o que a própria ementa do Mandado de Injunção 4.733 explicita:

4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe.

5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor.  
(Mando de Injunção 4.733, Min. Rel. Edson Fachin, julgado em 2019).

O resultado da omissão se dá pelo próprio reconhecimento dos direitos dos integrantes do grupo LGBTQ+, e sua conseqüente então falta de proteção, como também se vê da ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26:

Os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica. Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Min. Rel. Celso de Mello, julgado em 2019).

Não há qualquer questionamento a ser feito acerca do direito pertencente a este grupo, o mandamento constitucional não deixa qualquer margem interpretativa, tanto que todos os Ministros foram unânimes em entender o direito das comunidades LGBTI+, e a falta de tutela legal para garantir que seus direitos não fossem violados.

Voto que merece destaque no que concerne o reconhecimento da omissão legislativa é do Ministro Marco Aurélio. O Ministro Marco Aurélio em um primeiro momento não admitiu o Mandado de Injunção para o tema, vez que o cabimento desta modalidade de ação prescinde da demonstração de existência de direito subjetivo de determinada coletividade, e caberia ao próprio Poder Público propor. Pelas palavras do próprio Ministro:

Descabe, a partir da garantia à igualdade – artigo 5º, cabeça, da Constituição Federal –, assentar-se, num primeiro passo, a existência de direito público subjetivo à criminalização da conduta de outrem para, num segundo, vislumbrar-se ausência de norma a regulamentar o exercício de tal direito. A ressaltar essa óptica, observem ser da titularidade do Estado, e não dos particulares, o poder-dever de punir. Surge a inadequação da via eleita. (Mandado de Injunção nº 4.733, Min. Rel. Edson Fachin, julgamento em 2019, pág. 552, Voto Min. Marco Aurélio).

Quanto à questão da omissão legislativa, o Ministro entendeu pela inexistência, conforme o ministro relata:

Ante os limites impostos ao exercício, pelo Supremo, da jurisdição constitucional, diverjo dos Relatores para inadmitir o mandado de injunção e, admitindo em parte a ação direta, julgar, nessa extensão, improcedente o pleito, deixando de reconhecer omissão legislativa quanto à criminalização específica da homofobia e da transfobia. (ADO 26, Min. Rel. Celso de Mello, julgamento em 2019, pág. 556, Voto Min. Marco Aurélio).

Em sentido igual o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu pelo não conhecimento do Mandado de Injunção, vez que é necessária uma inequívoca existência de direito subjetivo, já que o Mandado de Injunção tem a finalidade de suprir uma omissão em um caso concreto.

Entretanto, conforme visto na própria decisão, foi reconhecida a omissão do Poder Legislativo, bem como a mora em editar uma Lei capaz de criminalizar mencionadas condutas, e garantir os mandamentos constitucionais.

## **5.2 Não Restrição ao Exercício da Liberdade Religiosa**

Assim como a igualdade e dignidade da pessoa humana, a liberdade de expressão (art. 5º, inciso VI, CF/88) é direito fundamental garantido a todos, como também a liberdade de crença e culto (art. 5º, inciso IV, CF/88). O Brasil é um Estado laico, não sendo consagrada nenhuma religião oficial, e pela consagração da liberdade de crença, cabe as pessoas seguirem qualquer religião, ou se abster de seus ensinamentos, inclusive podendo realizar cultos, estabelecer dogmas, mandamentos e doutrina própria.

Dentro do pleito do MI nº 4.733 e da ADO nº 26, uma questão debatida foi a compatibilidade entre a repressão penal à homotransfobia e a intangibilidade do pleno exercício da liberdade religiosa. Um dogma religioso arcaico e ainda presente em algumas religiões é da condenação por todas as práticas que se afastam da união entre homem e mulher, sob o fundamento de que a vontade divina estaria sendo violada. Esse mandando religioso é pregado e disseminado pelos adeptos de diversas religiões, e assim surge um debate entre direitos fundamentais. Luis Roberto Barroso explica esses conflitos:

No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nesses casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto, a partir das balizas contidas nos elementos normativos em jogo. (2010, p. 353).

Segundo o próprio Ministro do STF, quando houver conflito entre direitos fundamentais, cabe ao intérprete da norma criar o direito aplicável ao caso concreto.

Dentro dessas ações se discutia se a tipificação das condutas de repressão a prática da homotransfobia viria a restringir ou limitar o exercício da liberdade religiosa, se as doutrinas religiosas contrárias à homofobia e transfobia seriam violações a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, a Suprema Corte brasileira entendeu que não há restrição ou limitação do exercício da liberdade religiosa pela criminalização das práticas de homotransfobia.

É evidente a existência de uma linha tênue entre a liberdade de expressão e liberdade de crença e a honra de uma pessoa, e o limite reconhecido pela doutrina seria a violação da honra ou dignidade, vez que como diz o ditame popular, “seu direito acaba quando começa o do outro”.

O fundamento arguido pelos Ministros foi em igual sentido, de que é assegurado o direito de pregar e divulgar os dogmas religiosos, desde que não violem a dignidade da pessoa humana de alguém, de que não se configure um discurso de ódio. Da mesma forma podemos retirar do acórdão da ADO nº 26:

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.

(ADO nº 26, Min. Rel. Celso de Mello, Julgado em 2019, Acórdão).

São direitos fundamentais que não se anulam, e devem ser compatíveis tanto no plano fático quanto jurídico. Para melhor entender o raciocínio dos ministros, mais uma vez se retira do acórdão da ADO nº 26:

O discurso de ódio, *assim entendidas* aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a *discriminação*, que estimulem a *hostilidade* ou que provoquem a *violência (física ou moral)* contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua *identidade de gênero*, não encontra amparo na liberdade *constitucional* de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), *que expressamente o repele*. (ADO nº 26, Min. Rel. Celso de Mello, Julgado em 2019, Acórdão).

Subsiste o direito das religiões propagarem suas ideias contra identidade de gênero e orientação sexual, quando da mera divulgação de doutrina religiosa, sem que seja ferida a honra de outrem, incitando qualquer prática discriminação, violência, violência ou qualquer prática que vise a disseminação de ódio, por conta de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Não há que se falar em violação ao direito fundamental de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, seja da previsão constitucional ou da própria Convenção Americana de Direitos Humanos quando da inexistência destas práticas.

### **5.3 Do Reconhecimento da Homotransfobia Como Crime de Racismo**

Como decorrência da declaração de omissão legislativa, bem como pela mora, o Supremo Tribunal Federal tomou duas decisões. Conforme preceitua o texto constitucional quando da previsão do Mandado de Injunção e Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, os Ministros decidiram por enviar a matéria até o Poder Legislativo, para que edite uma norma sobre o tema.

É mister o reconhecimento de que não apenas foi dada ciência ao Congresso Nacional para que tipifiquem a homotransfobia como condutas criminosas, mas que sejam incluídas dentro da Lei de Racismo, por uma interpretação extensiva feita ao conceito de racismo.

Importa mencionar o Ministro Ricardo Lewandowski, que divergiu dos outros Ministros, no sentido de entender omissão legislativa, mas ser equívoco o enquadramento destas práticas dentro da Lei de Racismo, sendo essencial à edição de uma nova lei para tipificação da conduta, dando parcial provimento a ação,

reconhecendo a mora do legislativo, e dando-se ciência ao Congresso Nacional para adotar as medidas necessárias, sem interpretar a Lei de Racismo.

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos. (ADO nº 26, Min. Rel. Celso de Mello, Julgado em 2019, Voto Min. Ricardo Lewandowski).

Além da decisão do STF reconhecer a omissão e dar ciência ao órgão competente a legislar, foi reconhecida a mora do Poder Legislativo na edição da Lei. O assunto já foi debatido no Congresso Nacional, por alguns projetos de Leis. Entre eles podemos citar o projeto de Lei nº 122/2006, por iniciativa da ex-Deputada Federal Iara Bernardi, com origem na Câmara dos Deputados, cujo objetivo era a criminalização da homotransfobia, ao art. 140 do Código Penal.

Outro projeto de Lei a ser mencionado é o nº 5576/2013, de autoria de Aline Côrrea, cujo objetivo era trazer ao artigo 61 do Código Penal, que trata das agravantes durante a dosimetria de pena, o cometimento de crime em razão de raça, cor, etnia, religião, origem, orientação sexual ou deficiência física.

Entretanto, mesmo com a apresentação de diversos projetos para apreciação do Congresso nacional, não houve ainda qualquer aprovação, mas apenas postergação das questões. Os motivos podem ser variados, seja pela busca de se afastar deste assunto extremamente polêmico, ou ainda por grande parte do Congresso Nacional ser composto por figuras religiosas, o que seria a representação do povo.

Fato é que essa omissão ensejou no conhecimento da mora legislativa. O procedimento elencado por Lei para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão prevê a necessidade de envio da matéria ao legislativo para que o mesmo edite uma Lei. Já no caso do Mandado de Injunção há previsão de que a matéria seja levada também ao Congresso Nacional, estipulando um prazo para edição da norma, e caso este prazo seja violado, caberia então ao Poder Judiciário garantir os direitos pleiteados por meio de sua interpretação.

Por derradeiro a essa omissão, o Supremo Tribunal entendeu Federal pela existência da mora, e pela necessidade de imediata criminalização das condutas de homofobia e transfobia dentro da Lei nº 7.716/89 (Lei de Racismo), bem

como o reconhecimento destas situações como qualificadoras por motivo torpe dentro do art. 121, §2º, inciso I, do Código Penal, no crime de homicídio doloso.

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 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"). (ADO nº 26, Min. Rel. Celso de Mello, Julgado em 2019, ACÓRDÃO).

O art. 1º da Lei nº 7.716 estabelece as práticas consideradas como racistas, sendo aqueles discriminatórias ou preconceituosas que resulta de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Em termos introdutórios, cabe falar acerca do conceito de racismo, que se difere de preconceito e discriminação, e para tanto cabe definir. Sobre o racismo, existe um sentimento ou crença de superioridade, por suas próprias características, define Josiane Pilau Bornia:

Inicialmente, importa salientar que o racismo como ideologia significa a existência de raças superiores, com maior capacidade de orientação, e raças inferiores, consideradas aptas apenas para tarefas de execução, ensejando, assim, várias guerras de conquistas com o objetivo de elevar a raça superior e subjugar a inferior. Concernente ao aspecto político, o racismo foi a base inspiradora para medidas internas e externas de segregação, traduzindo-se nas perseguições a povos israelitas, negros e outros, gerando os maiores genocídios da história dos povos. (2020, p. 78).

Por outro lado, o preconceito, por sua própria semântica representa um pré julgamento, sem fatos ou conhecimentos específicos, que tem por resultado um sentimento de ódio, desrespeito ou aversão. Completa Josiane Pilau Bornia:

Entende-se por preconceito o conceito ou opinião formados antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos; julgamento ou opinião formada sem levar em conta os fatos que o contestam. Trata-se de um prejulgamento, isto é, algo já previamente julgado. (2020, p. 81).

Por sua vez, a discriminação seria o exercício de racismo ou preconceito, é quando se trata de forma negativa ou injusta determinada pessoa ou grupo, fundado nestes mesmos aspectos racistas ou preconceituosos.

Para simplificar, o racismo ou preconceito seriam ideologias ou pensamentos enrustidos na consciência de certa pessoa ou grupo, e a discriminação seria o exercício, a ação destes ideais.

O preceito constitucional posto prevê a criminalização de todas as práticas de discriminação, e não cabe qualquer instigação de que o ódio contra aqueles que possuem orientação sexual ou identidade de gênero diversa configura uma forma de discriminação, inclusive muito recorrente. Deve-se observar as formas de racismo elencadas pela própria Lei de Racismo.

No plano Legislativo há diversas outras Leis que vedam a discriminação, mas não de práticas racistas, e sim preconceituosas. Quanto a esses diplomas, podemos dar destaque a alguns, como o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15), que defendem os direitos fundamentais desses grupos.

Outra Lei destacável é o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/10), que define o que seria a discriminação em seu art. 1º, parágrafo único, inciso I. Essa lei reforça as práticas de homofobia e transfobia como discriminatórias, quando da menção de distinção, exclusão restrição ou preferência que violem os direitos humanos e liberdades fundamentais no campo social.

Art. 1º, parágrafo único Lei nº 12.288/10: Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

A interpretação da Suprema Corte Brasileira expandiu o conceito de “raça” trazido pela Lei de Racismo, para abarcar também as pessoas com orientação sexual ou identidade de gênero diversa. Como ensina Josiane Pilau Bornia, o conceito de raça é biológico, genético, e não se refere a questões sociais, e por isso em tese não seria aplicado a questões de homofobia e transfobia:

Além da discriminação e do preconceito, outros termos indicados no dispositivo legal são elementos normativos, com exceção de cor, que é elemento descritivo, a compreensão dos demais depende não só de uma atividade cognitiva, mas, principalmente, de juízos de valor, cuja valoração será extrajurídica ou empírico-cultural. O conhecimento dos termos raça e etnia depende da biologia, que, com a psicologia, considera raça o

agrupamento de indivíduos da mesma família, enquanto a palavra etnia demonstra as populações que diferem, estatisticamente, na frequência de características genéticas. (BORNIA, Josiane Pilau, 2020, p. 81).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal estendeu esse conceito, entendendo o termo raça deve ser adequado, e abarcado em seu significado também a identidade de gênero e orientação sexual. É o que se nota mais uma vez no acórdão da ADO nº 26:

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. (ADO nº 26, Min. Rel. Celso de Mello, Julgado em 2019, ACÓRDÃO).

De acordo com a decisão, o racismo deve compreender sua dimensão social, por seu caráter histórico-cultural forte e marcante, por gerar situações discriminatórias contra o grupo LGBTI+. Assim como o racismo contra os negros é histórico, formado pela atuação humana, quando da própria escravidão, as práticas homofóbicas e transfóbicas também seriam uma construção histórica. É evidente que existe esta justificativa histórico-cultural, pelas práticas que ainda existem de discriminação e violência, mas embarcar dentro do conceito de raça é uma questão ainda um pouco conturbada.

O Supremo Tribunal Federal concluiu assim, pela existência dos direitos fundamentais do grupo vulnerável LGBTI+, bem como a necessidade de proteção de seus direitos pela Lei, não podendo estes sofrerem qualquer tipo de discriminação ou tratamento diferenciado pela sociedade em decorrência de suas escolhas, por seus direitos de liberdade, igualdade e dignidade.

Essa interpretação extensiva da Suprema Corte brasileira buscou vincular o Poder Legislativo a edição da própria Lei de Racismo, e não a criar uma nova Lei, e concluiu-se pela criminalização da homofobia e transfobia como práticas dentro da Lei de Racismo, até que o Poder Legislativo venha a editar uma norma sobre a questão.

#### 5.4 O Princípio da Legalidade e Aspectos Críticos da Decisão

Em primeiro plano, é necessário entender a própria história humana que antecede a decisão da Suprema Corte brasileira. O caráter indubitável da discriminação contra o grupo LGBTI+ é tão notório que muito se assentou na sociedade, de forma que por partes dela se pareça cotidiano. Entretanto, a Constituição não reconhece esta prática como legítima, assim como todos aqueles que não compactuam este pensamento.

Ainda que nossa Constituição se disponha a proteger as minorias e grupos vulneráveis, ao definir seus direitos, cabe ao Poder Legislativo a edição de normas para efetivar efetivá-los como garantias, vez que os direitos fundamentais se dispõem como normas limitadas, exigindo assim Leis para regula-las. Entretanto, no que concerne os direitos das comunidades LGBTQI+, há omissão legislativa.

O Supremo Tribunal Federal em sua função como intérprete final da Constituição, vem afirmando os direitos da comunidade LGBTI+, como quando do reconhecimento da união homoafetiva (vide tópico 5.8.3).

E então, diante do plano fático, os Ministros da Suprema Corte brasileira reconheceram a omissão legislativa em tipificar os atos discriminatórios contra o grupo vulnerável LGBTI+, dentro de todos os tipos da Lei que versarem sobre os atos discriminatórios de raça, em especial o próprio art. 20, que prevê o racismo genérico.

Não existia em nossos códigos, seja no próprio Código Penal ou por legislações especiais, previsão dos crimes de homofobia e transfobia, práticas discriminatórias em razão de orientação sexual ou identidade de gênero. Evidente que a via judicial era utilizada em casos de violação, mas a responsabilização se dava apenas por violação a honra subjetiva. Quando da violação da honra subjetiva, poderia existir responsabilização pela seara penal e civil.

No plano civil, o pleito sempre se dava a título de danos morais, o que por vezes se mostrava insuficiente, vez que as atitudes discriminatórias poderiam ser interpretadas como mero dissabor, ou ainda que fosse reconhecido como um dano real a psique da vítima, as indenizações não eram suficientes para ressarcir o dano causado, por serem ínfimas perante a recorrência da sociedade, e não desestimulavam a prática.

No âmbito penal, a prática se encaixaria dentro dos crimes contra a honra, especificamente no crime de injúria (art. 140, Código Penal). É esse tipo penal que protege a honra subjetiva do indivíduo, pelo desprezo ou atribuição de uma qualidade negativa, entretanto, analisando o caráter histórico e as práticas recorrentes, este crime não é suficiente, por duas razões.

A primeira é que as discriminações podem não se encaixar no núcleo deste artigo, o que geraria impunidade. Já a segunda é que a pena deste crime é irrisória perante o dano causado, e ainda se trata de ação penal privada, de forma que depende exclusivamente da propositura do ofendido. Inclusive, há a qualificadora da injúria, a injúria racial (art. 140, §3º, CP), que visa proteger a honra subjetiva nos casos em que for motivada por aspectos racistas, ou ainda quando cometida contra idoso ou portador de deficiência, que se difere das práticas de racismo. É o que explica Mirabete:

A injúria qualificada pelo preconceito em contexto de progressão criminosa para o cometimento de crime previsto na Lei nº 7.716/89 é por este absorvida. Não se confunde, porém, a injúria qualificada por preconceito, crime contra a honra subjetiva, com os crimes descritos na Lei nº 7.716/1989, que tipifica condutas dirigidas à segregação ou discriminação de alguém em razão dos mesmos elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem. (2013, p. 143).

Existe diferença na prática da injúria preconceituosa e do racismo, que reflete nas próprias práticas de homofobia e transfobia. No racismo, se tem uma prática discriminatória, não necessariamente impondo uma qualidade negativa de forma verbal, mas praticando um ato de superioridade, ao passo que na injúria racial é posta uma qualidade perante pessoa certa ou grupo com pessoas determináveis, qualidade esta depreciativa, em decorrência de raça, cor, etnia, religião, origem, deficiência ou por idade. Fato é que ambos tipos não se aplicavam as práticas de homofobia e transfobia.

Existia realmente no plano jurídico a falta de previsão para a conduta que discriminava alguém por sua orientação sexual ou identidade de gênero, pela própria previsão do art. 5º, inciso XLI da Constituição Federal, a omissão legislativa sobre o tema, que culminou ao Supremo Tribunal Federal através de sua interpretação estender o conceito de racismo para também integrar essas situações, e assim por sua vontade criar um crime dentro da Lei de Racismo. Essa decisão possui aspectos que necessitam grande criticidade.

De plano é possível ver a incidência do princípio da legalidade ao tema. O embate que se tem não é propriamente sobre a legitimidade do Supremo Tribunal federal em atuar através do ativismo judicial, mas sim sobre os limites de sua atuação. Em visão pragmática, a melhor definição dos limites para a atuação judicial seria a doutrina de Mauro Cappelletti, que define dois planos, as limitações processuais e substanciais. O mesmo fala sobre a atitude passiva do judiciário em criar leis:

Trata-se da regra segundo a qual “*ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*”, vale dizer, com palavras diversas mas com igual significado, “*nexo judex sine actore*”. Significa ela que o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja *actio* constitui, exatamente a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional. (1999, p. 76).

Em sede processual, as lições de Cappelletti se rodeiam pela prescrição constitucional, quando da previsão da definição da atuação judiciária pelo devido processo legal, ou seja, a observância do procedimento prescrito em lei, com o desenrolar dos atos na forma positiva. Primeiro, o juiz deve ser provocado, e além disso, não pode agir sem toda produção probatória e argumentativa das partes processuais, no caso, o próprio legislativo representado por seu chefe. É claro, há uma presunção da constitucionalidade das normas, pois o legislativo é eleito pelo povo, e representa sua vontade, pelo próprio respeito a separação dos poderes.

Há questionamento sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal, exposto inclusive pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, quando do não conhecimento do Mandado de Injunção para o caso. Parece certo o entendimento de que neste caso não caberia a impetração desta medida, vez que não foi trazido um caso em concreto, ainda que a prática seja recorrente, o que tornaria essa medida inadequada ao caso.

Em relação a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o próprio texto constitucional prevê o envio da matéria para o órgão competente, para que ele tome as medidas cabíveis, e em nenhum momento menciona a transferência de competência ao Judiciário para legislar, até porque é vedada a indelegabilidade de funções em nosso ordenamento. Entretanto, a interpretação do resto da corte foi diversa, o que os levou a legislar.

No plano substancial, o debate propriamente se estabelece sobre as limitações do próprio ordenamento jurídico. Diante disto, a observância da atividade criativa judiciária estaria condicionada a própria Lei, e assim se chega ao estudo do princípio da legalidade, e de todas suas garantias decorrentes. É o que ensina Dworkin em sua doutrina, quando menciona a atividade interpretativa judicial baseada nos princípios prescritos em lei, conforme Bruna Villas Boas diz:

O modelo de direito dworkiano vai além: a própria aplicação de um padrão normativo do tipo regra deriva de uma ponderação prévia de princípios formais, como o devido processo legal, a legalidade e a segurança jurídica, e substanciais, que sinalizarão para a finalidade moral da regra. As regras são, elas mesmas, produto de uma ponderação de princípios feita previamente, no momento da sua elaboração, ainda que não enunciada explicitamente. Esses princípios reforçam propósitos das opções políticas tomadas pela comunidade e precisam, por isso, ser endossados em relação a todo o arcabouço jurídico, caso se queira manter a coerência do direito e garantir um tratamento equânime e justo para os seus destinatários. (2014, p. 109).

O princípio da estrita legalidade, posto como garantia fundamental no art. 5º, XXXIX, CF/88, em sua qualidade de princípio, deve irradiar todo ordenamento jurídico penal. Este princípio prescreve que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. É claro, no momento em que o Supremo Tribunal Federal aferiu sua interpretação não havia qualquer previsão deste crime. Pois bem, e deste princípio decorrem outras garantias fundamentais.

Não apenas deve haver previsão para o crime, mas esta previsão deve ser pela Lei, elaborada pelo procedimento correto, de acordo com o princípio da reserva legal. Este princípio decorre da estrita legalidade, e determina a forma correta pelo qual devem ser elaboradas as normas criminais, seguindo o procedimento legislativo constitucional, e a titularidade para o exercício, pelo Congresso Nacional.

Pela própria Constituição Federal, a competência de legislar sobre Direito Penal é do Poder Legislativo (vide art. 22, inciso I, CF/88). E pela reserva legal, não apenas caberá ao Poder Legislativo legislar sobre a criação de crimes e penas, mas também pelo procedimento correto.

Guilherme Nucci explica:

A construção de tipos penais incriminadores dúbios e repletos de termos valorativos pode dar ensejo ao abuso do Estado na invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos. Aliás, não fossem os tipos taxativos – limitativos, restritivos, precisos – e de nada adiantaria adotar o princípio da legalidade ou da reserva legal. Este é um princípio decorrente, nitidamente, da legalidade. (2014, p. 68).

Por conta do princípio da Reserva Legal, é vedado tanto ao Poder Judiciário quanto ao Poder executivo legislarem acerca dessas matérias, inclusive, há a indelegabilidade de funções dos poderes, de forma a ser impossível o Legislativo conceder, ainda que apenas para determinada matéria, a competência para legislar.

É aqui que podemos falar sobre a incompetência, e consequente ilegitimidade do Poder Judiciário em criar crimes. Davide Resta bem define o entendimento que se tem por reserva legal no âmbito internacional:

Los diversos instrumentos internacionales existentes para la defensa de los derechos humanos prescriben, de hecho, la prohibición, por un lado, de calificar o considerar como delito una conducta, al no ser que la ley o un instrumento a esa equiparable lo haya previamente establecido y, por lo tanto, considerado delito como tal, y, por otro lado, prescriben la prohibición de la imposición de una sanción penal que no sea, también, ya prevista en la ley - o fuente de ley e esa equiparable - ni más grave de adequalla ya previamente prevista y aplicable en el momento en el que fue cometido el crimen. (2019, p. 30).<sup>22</sup>

O Supremo Tribunal Federal em sua atitude proativa de criminalizar a homotransfobia diante de sua interpretação, viola de pronto o princípio da estrita legalidade, e seu corolário, o princípio da reserva legal. O *nulla poena sine lege scripta* (ou reserva legal) representa uma própria limitação a atuação do Poder Judiciário em sede de ativismo judicial, é uma garantia histórica contra o próprio Estado, de forma que ao criar crimes, garantia esta violada pela decisão exarada no MI nº 4.733 e na ADO nº 26.

O princípio da legalidade, e quando se diz legalidade se entenda também aqueles que decorrem, a reserva legal, taxatividade e proibição de interpretação in malam partem, são garantias históricas, que culminaram com os

---

<sup>22</sup> Os diversos instrumentos internacionais existentes de defesa dos direitos humanos prescrevem, de fato, a proibição, por um lado, de classificar ou considerar a conduta como crime, a menos que a lei ou instrumento comparável o tenha previamente estabelecido e, portanto, considerado crime propriamente dito, e, por outro lado, prescrever a proibição da aplicação de sanção penal que não esteja, também, já prevista em lei - ou fonte de direito comparável - nem mais grave que Adequadas já previstas anteriormente e aplicáveis no momento em que o crime foi cometido.

direitos de primeira dimensão ou geração, de liberdade. Luigi Ferrajoli coloca em sua obra a importância tanto da legalidade quanto da separação dos poderes, conforme suas palavras:

Considero que ésta es la naturaleza del Derecho moderno y del Estado de Derecho. Principio da legalidad, división de poderes y su sometimiento a la ley no son nada más que técnicas dirigidas a la limitación de un poder público que, de lo contrario, sería absoluto. (1999, p. 64).<sup>23</sup>

Ferrajoli ensina que a lei penal é a própria limitação que protege a prevalência do mais forte sobre o mais fraco, e na relação entre Estado e sociedade, o poder estatal é indubitavelmente superior. É a própria legislação penal, principalmente por seus princípios, que protege o cidadão contra o Estado, sendo sua garantia histórica. Ainda, o autor alerta sobre as possíveis violações da lei, que podem não vir apenas do cidadão, mas também do poder público.

Pues bien, es posible afirmar que a cada avance del principio de legalidad, cada paso realizado en la obra de limitación y de sometimiento del Derecho al poder, supone un aumento de los espacios de la jurisdicción. Porque la actuación jurisdiccional aparece precisamente ante la violación del Derecho, y por tanto se extiende cuando el Derecho se va haciendo más complejo y penetrante, y cuando se amplía, a través de obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos, el abanico de las posibles violaciones del Derecho mismo: violaciones, que no serán solamente ya resultado de la actividad de los ciudadanos, sino también, y cada vez más, de los poderes públicos. (FERRAJOLI, 1999, p. 65)<sup>24</sup>.

Ferrajoli discorre que os limites legais não são apenas direcionados ao cidadão, mas também ao próprio Estado em seu exercício, colocando como as principais garantias do cidadão o princípio da legalidade e o princípio da separação dos poderes. Essas ideias são compatíveis com o moralismo jurídico de Dworkin, impactantes na decisão da Suprema Corte brasileira.

---

<sup>23</sup> Acredito que essa seja a natureza do direito moderno e do Estado de Direito. Princípio da legalidade, divisão de poderes e sua submissão à lei nada mais são do que técnicas destinadas a limitar um poder público que, de outra forma, seria absoluto. (1999, pág. 64).

<sup>24</sup> Pois bem, é possível afirmar que a cada avanço do princípio da legalidade, cada etapa realizada no trabalho de limitação e submissão da Lei ao poder, supõe um aumento dos espaços jurisdicionais. Porque a ação jurisdiccional surge precisamente antes da violação da Lei, e para estende-se tanto quando a lei se torna mais complexa e difundida, e quando se expande, por meio de obrigações e proibições aos poderes público, a gama de possíveis violações da própria Lei: violações, que não serão apenas o resultado da atividade dos cidadãos, mas também, e cada vez mais, dos poderes públicos. (1999, pág. 65).

Sua doutrina sobre a interpretação judicial nos *hard cases* é clara, de forma a não deixar o juiz completamente livre para criar direito, estando vinculado aos princípios, que representam garantias históricas.

Não poderia o juiz ao criar direito ignorar toda construção histórica de sua sociedade, ainda que derivasse dos costumes, sob pena de estar praticando um abuso. Inclusive, o *nullum crimen sine lege scripta et stricta*, ou também conhecido como princípio da taxatividade, define que não há que se falar em omissão na esfera penal, o que se veda a interpretação extensiva e analógica. A lei penal deve ser clara, sem deixar brechas a interpretação ou termos ambíguos que exijam o mínimo de atividade intelectual para entender, entretanto, quando a lei deixar dúvidas, a postura a se tomar não é extensiva. É o que menciona Vicente Amêndola Neto:

A lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos “princípios gerais do direito”, ou pelo costume. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem lacunas. (1997, p. 15).

Nesta concepção, ainda que no plano fático exista a omissão de uma conduta, no plano jurídico penal não se poderia reconhecer uma norma como omissa por não embarcar uma conduta, porque na seara penal somente é crime o que está descrito na lei, e eventuais dúvidas devem ser interpretadas em favor do cidadão. É vedado ao juiz, diante de uma situação aplicar a analogia a uma prática imputando a outra pessoa.

É o princípio da taxatividade que exige a técnica de elaboração e lei penal adequada pelo legislador, para buscar a clareza e precisão na criação de tipos penais e sanções, se abstendo de uso de cláusulas gerais, conceitos vagos ou elementos casuísticos, pela necessidade de determinação. E não caberia assim a interpretação extensiva *in malam partem*, de forma a trazer qualquer encargo negativo ao cidadão.

O legislador é falho, e isso decorre de sua própria natureza humana. Seria impossível prever todas as situações necessárias a se legislar, vez que a sociedade evolui mais rapidamente que o direito. Mas no âmbito penal, não caberia dentro da inafastabilidade de jurisdição adequar uma conduta praticada a um tipo não previsto em Lei, por meio de uma interpretação extensiva.

É daí que surge a proibição de analogia in malam partem. Maurício Antonio Ribeiro Lopes discorre acerca das situações de analogia no direito penal:

Mas, como já visto, do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem lacunas. Se estas existem sob o prisma da política criminal, só uma lei penal (sem carácter retroativo) pode preenche-las. (1994, p. 120).

O princípio da legalidade não apenas veda a punição sem previsão legal, mas exige a aprovação de Lei que cria crimes ou penas pelo procedimento correto, e pelo órgão correto (vide reserva legal), e proíbe inclusive qualquer tipo de interpretação que vise trazer um encargo negativo ao alvo de sua aplicação, feita estas pelos juízes. Beccaria busca explicar a interpretação das leis em seara penal:

A desordem, que nasce da rigorosa observância da letra de uma lei penal, não se compara com as desordens que nascem da interpretação. Tal momentâneo inconveniente leva à correção fácil e necessária das palavras da lei, causa da incerteza, mas impede a fatal licença da razão, da qual nascem as arbitrarias e venais controvérsias. Quando um código fixo de leis, que devem ser observadas ad litteram, só deixa ao juiz a incumbência de examinar as ações dos cidadãos e de julgá-las de acordo ou não com a lei escrita; quando a norma do justo e do injusto, que deve guiar tanto os atos do cidadão ignorante como os do filósofo, não é questão controvertida, mas de fato, então os súditos não estão sujeitos às pequenas tiranias de muitos, tanto mais cruéis quanto menor é a distância entre quem sofre e quem faz sofrer; mais fatais do que as de um só, porque o despotismo de muitos somente é corrigível pelo despotismo de um só e a crueldade de um déspota é proporcional não à força, mas aos obstáculos. (1999, p. 34).

Sua doutrina veda a letra de lei penal que deixa espaço interpretativo ao juiz, vez que se vincula então a criminalização a sua vontade. Os homens pensam diferente, em tempos diferentes, e deixar a caráter apenas da discricionariedade do juiz seria um risco, que poderia gerar uma tirania, ainda que por boas intenções.

Não deve ser dada a autoridade de interpretar leis penais aos juízes, por não serem legisladores, e a necessidade interpretativa o levaria a buscar o chamado espírito da lei, uma atividade extremamente perigosa, que muitas vezes se afasta do positivismo jurídico, como menciona:

O espírito da lei seria, então, o resultado da boa ou má lógica de um juiz; de uma fácil ou difícil digestão; dependeria da violência de suas paixões, da fraqueza de quem sofre, das relações do juiz com a vítima e de todas as mínimas forças que alteram as aparências de cada objeto no espírito indeciso do homem. (BECCARIA, 1999, p. 35).

Buscar o espírito da lei seria a premissa da atividade interpretativa, pois para estender a lei, deve entender a finalidade empregada pelo legislador, o seu espírito. E foi a interpretação do Supremo Tribunal Federal, de não apenas foi criar a prática homotransfóbica, mas incluí-la dentro da Lei de Racismo, ampliando o conceito de racismo, ou mais especificamente, o conceito de “raça” empregado pela lei, baseado nos estudos biológicos.

É fácil de se perceber a falta de lucidez em uma interpretação nestes moldes. O conhecimento técnico e específico não é competência de juízes para definir, tão somente poderá vir do legislador, vez que este ao criar leis possui um grande aparato em seus bastidores. Por muito o racismo é compreendido semanticamente e historicamente como os preconceitos por raça e cor, entretanto, o Legislador trouxe na Lei nº 7.716/89 a tutela contra outras situações preconceituosas, como explica Josiane Pilau Bornia:

Influenciado pelos fundamentos sociológicos do racismo é que o constituinte previu o mandamento constitucional da criminalização do racismo, reportam-se a raça e a cor, logo de interpretação e aplicação restrita. Dessa maneira, tal tutela ficou aquém da verdadeira necessidade de abarcar condutas discriminatórias e preconceituosas quanto a outros aspectos, tais como etnia, religião, procedência nacional, orientação sexual, que demonstram magnitude semelhante. (p. 79).

O conceito de raça sempre partiu de uma concepção biológica, fenotípica, se tratando do conjunto de características físicas pertencentes a determinado grupo, é uma concepção propriamente genética.

O conceito de raça teve sua origem através de uma fundamentação biológica, dentro do paradigma de raça inferior e raça superior, reforçado através dos estudos e pesquisas de diversos cientistas, entre eles o cientista brasileiro Nina Rodrigues. A chamada ciência da época beneficiou um grupo de dominadores (minoría) em detrimento dos dominados (maioría), época em que os negros viviam ameaçados sob as ordens e a chibata do dominador. (SILVA, Maria Aparecida Lima; SOARES, Rafael Lima Silva, 2011, p. 4).

É certo que atualmente existem estudos antropológicos do conceito de “raça”, que esse termo se trataria de uma construção histórica feita contra esses povos, e não se poderia falar em diversas raças, pois o material genético humano é o mesmo, com pequenas variações. Entretanto, essas polêmicas conceituais estão dentro do campo da antropologia.

O legislador trouxe a proteção contra discriminação racial da Lei de Racismo, quando do ano da edição desta Lei, em 1989, fundado na sua conceituação biológica, e não antropológica. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal ampliou o conceito de “raça” presente nesta lei, para também abarcar sobre seu manto as práticas homofóbicas e transfóbicas, vez que sua conceituação, segundo a decisão, estaria ligada a critério histórico-cultural, e não meramente biológico, o que gera grande polêmica.

É evidente que os tratamentos discriminatórios contra o grupo LGBTI+ possuem seu caráter histórico e cultural, muito disseminado inicialmente pela doutrina da Igreja, que condenava essas práticas de forma incisiva em tempos passados, o que culminou a atual ótica social. Entretanto, não se pode desvirtuar a finalidade posta na Lei, ainda que fosse verificada omissão legislativa, caberia a criação de um novo diploma normativo.

É o que defende Luiz Flávio Gomes, ao dizer que não houve interpretação do conceito de “raça”, mas apenas uma adequação ao significado que se dá a palavra nos dias atuais. De toda forma, ainda que se trate de uma adequação, não caberia ao Poder Judiciário, pois há sim uma desvirtuação da finalidade posta na Lei, e usurpação da competência do Poder Judiciário.

Um conceito técnico, formado por estudos biológicos, foi suprido pela consciência dos Ministros da Suprema Corte, mais uma vez com falta de deferência ao Poder Legislativo, ignorando toda sua criação legislativa. Não caberia interpretação no sentido de ampliar o conceito de “raça”. Beccaria em seu estudo sobre o espírito da lei, traduzido como sua finalidade, discorre acerca do perigo da interpretação que busca estabelecer a semântica de uma palavra, pois as palavras tem significados diferentes ao longo do tempo.

Nada é mais perigoso que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. Este é um dique aberto à torrente de opiniões. Esta verdade, que parece paradoxal às mentes vulgares, mais abaladas por pequenas desordens presentes do que funestas, mas remotas, conseqüências que nascem de um falso princípio radicado numa nação, parece-me demonstrada. (...) Cada homem tem seu ponto de vista, e o mesmo homem, em épocas diferentes, pensa de modo diferente. (BECCARIA, 1999, p. 35).

É o mesmo posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski, que reconhece a omissão legislativa por fins não meramente jurídicos, mas também políticos, sob a premissa de que pela taxatividade é vedada a interpretação *in*

*malam partem*, caso em que o conceito de “raça” foi interpretado para abarcar outras práticas senão daquelas já existentes. O Ministro Marco Aurélio em mesmo sentido diz:

Descabe, para o fim de tipificar determinada conduta, o enquadramento da homofobia e da transfobia “no conceito ontológico-constitucional de racismo”. O reconhecimento da taxatividade dos preceitos – os quais não podem ser tomados como meramente exemplificativos e desprovidos de significado preciso – rechaça a ampliação do conteúdo proibitivo dos tipos versados na Lei nº 7.716/1989 a partir de eventual identidade considerados os pressupostos justificadores da criminalização, sob pena de ter-se o esvaziamento dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores (raça, cor, etnia, religião e procedência nacional) – os quais, repita-se, apenas comportam operação exegética estrita, vinculada aos limites do texto. (ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, 2002. p. 58). (ADO nº 26, Min. Rel. Celso de Mello, Julgado em 2019, voto Min. Marco Aurélio, pág. 554).

Não caberia ao Supremo Tribunal Federal entender existir omissão dentro da Lei de Racismo, pelo princípio da taxatividade ou determinação, vez que não cabe interpretação extensiva de uma lei em prejuízo do acusado. Existe uma clara omissão legislativa em prever essas condutas reprováveis dentro de nossa sociedade, mas no reconhecimento desta falta de proteção aos direitos do grupo LGBTI+, o procedimento correto seria a edição de uma nova Lei, e não a extensão da Lei nº 7.716/89. Existe um desenrolar de condutas que apenas demonstram a falta de deferência do Judiciário para com o Legislativo.

Fato que dá mais força a taxatividade e vontade do legislador é o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), uma Lei relativamente recente, que busca estabelecer diretrizes e garantir o combate à discriminação. O legislador trouxe o art. 1º, parágrafo único, inciso III, *in verbis*, “desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais”. Este dispositivo traz uma os termos “desigualdade de gênero e raça”.

Ainda que o objetivo deste inciso não seja tratar sobre os aspectos de gênero e raça diretamente, o legislador traz os termos separadamente. Fator marcante às questões de homofobia e transfobia é a identidade de gênero e orientação sexual, ligados assim propriamente a questão de gênero.

Se o objetivo do legislador ou da lei fosse abarcar gênero dentro de “raça” ele não teria feito essa diferenciação no Estatuto da Igualdade Racial, e

apenas mencionaria “desigualdade de raça”, o que não foi feito. Isto demonstra claramente a concepção biológica elencada pelo legislador.

Essa extensão causa até mesmo uma banalização da concepção de racismo, tentando abarcar cada vez mais práticas em seu significado. E como dito, existem diversas leis que buscam proteger práticas discriminatórias em diplomas normativos autônomos.

É um ativismo judicial revelador, que passa pelas dimensões da interpretação constitucional, criação legislativa, falta de deferência aos outros poderes e afirmação de direitos. No plano da deferência, não há qualquer respeito do Poder Judiciário com as decisões do Poder Legislativo, tomando o Supremo Tribunal Federal uma posição extensiva, atendendo o pleito realizado dentro da ADO nº 26, violando assim o princípio da estrita legalidade, retirando a competência do Congresso Nacional para criar crime (vide reserva legal) e interpretando a lei e seus conceitos extensivamente para abarcar este crime criado (vide taxatividade).

Destas violações a reserva legal e taxatividade é reconhecida uma nova prática discriminatória, o racismo social. O que o Ministro Marco Aurélio alertou, dizendo que caso seja feita interpretação neste sentido, teria assim usurpado a competência do Congresso Nacional para legislar sobre direito penal, colocando em risco inclusive a segurança jurídica:

Do contrário, ter-se-á usurpada a competência do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Penal – artigo 22, inciso I, da Constituição Federal – cujo caráter privativo afasta até mesmo a edição, pelo Presidente da República, de medida provisória a dispor sobre a matéria – artigo 62, 1º, da Lei Maior.

Há mais: operada a transmutação dos delitos previstos na legislação de regência em crimes com descrições típicas indeterminadas mediante interpretação judicial, a delimitação do alcance do tipo penal não mais estará vinculada à lei em sentido estrito, mas, antes, ao subjetivismo dos magistrados no exercício das funções ínsitas ao Estado-Juiz – em prejuízo da tão almejada segurança jurídica, ausente prévia delimitação das condutas alcançadas pelo texto legal. (ADO nº 26, Min. Rel. Celso de Mello, Julgado em 2019, voto Min. Marco Aurélio, pág. 554).

Inclusive, fator que demonstra claramente a complexidade do assunto é a decisão ser por maioria, e não unanimidade, em virtude do entendimento contrário dos Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli, que reconheceram a omissão legislativa, mas reconheceram a necessidade de criação de lei autônoma para tipificar as condutas homotransfóbicas, por competência do

Congresso Nacional, sob pena de violação do princípio da legalidade. Luigi Ferrajoli ressalta sua importância.

Por el contrario, el derecho penal, tal como escribiera Thomas Hobbes, es enteramente un artificio jurídico, producido por el Estado como expresión máxima de su potestad autoritaria. Depende enteramente de la proyectación jurídica y política. El principio de legalidad - y su corolario de la certeza, asegurada por la codificación - tiene, por lo tanto, un rol exactamente opuesto al desempeñado por el mismo principio en materia civil: el de límite jurídico ya no a la autonomía privada en tutela de intereses públicos, sino, al contrario, el de límite a las potestades públicas, policiales y judiciales, en garantía de las libertades de los ciudadanos contra el arbitrio judicial. (2002, p. 20).<sup>25</sup>

E ainda, ressalta esse caráter dado ao próprio Código Penal e de Processo Penal, como textos exaustivos, que gera a subordinação dos juízes, conforme dita Ferrajoli:

Pienso que sólo la introducción de este límite al arbitrio del legislador - no menos "subordinado" que los jueces "subordinados" contra los que Hobbes reivindicó, tres siglos atrás, el límite de la ley - puede hoy poner freno a la actual regresión premoderna del derecho penal. En efecto, se trataría de una garantía metalegal dirigida a poner a la misma legalidad penal al reparo de la incontinencia y de la volubilidad del legislador. En base a ella, el Código Penal y el Código Procesal se configurarían como textos normativos exhaustivos y a la vez exclusivos de la materia penal, dotados de coherencia interna y de sistematización y, por lo tanto, de una acrecentada capacidad reguladora, accesibles al ciudadano como criterios de conducta racionales y creíbles. (2002, p. 25)<sup>26</sup>

Em sentido igual há Gustavo Zagrebelsky, sobre a importância do Estado liberal através do princípio da legalidade. Segundo ele, o princípio da legalidade é um ato normativo supremo e irresistível. Por suas palavras:

---

<sup>25</sup> Ao contrário, o direito penal, como escreveu Thomas Hobbes, é um dispositivo inteiramente jurídico, produzido pelo Estado como expressão máxima de seu poder autoritário. Depende inteiramente da projeção jurídica e política. O princípio da legalidade - e seu corolário de certeza, garantido pela codificação - tem, portanto, um papel exatamente oposto ao que desempenha o mesmo princípio em matéria civil: o de um limite jurídico não mais à autonomia privada na proteção de interesse público, mas, pelo contrário, o limite aos poderes públicos, policiais e judiciários, como garantia das liberdades dos cidadãos contra a discricionariedade judicial.

<sup>26</sup> Acho que apenas a introdução desse limite à vontade do legislador - não menos "subordinado" do que os juízes "subordinados" contra os quais Hobbes alegou, há três séculos, o limite da lei - pode hoje pôr fim à atual regressão pré-moderna da lei direito Penal. Com efeito, seria uma garantia metalegal destinada a colocar o mesmo direito penal na reparação da incontinência e da inconstância do legislador. A partir dele, o Código Penal e o Código de Processo se configurariam como textos normativos exaustivos e ao mesmo tempo exclusivos da matéria penal, dotados de coerência e sistematização interna e, portanto, de maior capacidade regulatória, acessíveis ao cidadão conforme critérios de conduta racionais e creíveis. (2002, pág. 25)

El principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible, al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior razón de Estado, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales). (2011, p. 24)<sup>27</sup>.

Zagrebelsky afirma que nem mesmo os juízes poderiam violar este princípio, nem em nome de um direito maior, como nos casos de privilégios sociais. É a lei que representa o poder político, e por isso há a soberania legislativa, que assume um dever de regulação. Segundo o autor, foi o princípio da legalidade que derrotou o absolutismo, como menciona mais uma vez Zagrebelsky:

La primacía de la ley señalaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del *ancien régime*. El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho. (2011, p. 24).<sup>28</sup>

O princípio da legalidade seria o que garante a separação das funções do poder, e consequentemente o Estado de Direito, inimigo dos excessos. Segundo Zagrebelsky, a Lei vincula a administração, e garante a liberdade aos cidadãos. Se vê claramente a importância dada por Zagrebelsky a este princípio, sem mencionar diretamente a estrita legalidade. Esta concepção versava muito mais sobre a liberdade dos particulares em todas as searas da vida, não exclusivamente dentro do direito penal. E ainda assim há essa força suprema e irresistível, o que se torna ainda maior dentro da seara penal.

Já Ferrajoli versa especificamente sobre o caráter exaustivo que existe no princípio da reserva legal, concedido ao Código Penal e de Processo Penal, as únicas fontes que poderiam prever crimes e penas, inclusive, para dar ciência a própria sociedade, sobre as práticas consideradas criminosas.

---

<sup>27</sup> O princípio da legalidade, em geral, expressa a ideia do direito como ato normativo supremo e irresistível, ao qual, em linha de princípio, nenhum direito mais forte é oponível, qualquer que seja sua forma e fundamento: nem o poder de exceção do rei e da sua administração, em nome de razão superior de Estado, nem a inaplicabilidade dos juízes ou a resistência de particulares, em nome de um direito superior (direito natural ou direito tradicional) ou direitos especiais (privilégios locais ou sociais). (2011, pág. 24).

<sup>28</sup> A primazia da lei, portanto, sinalizou a derrota das tradições jurídicas do absolutismo e do *ancien régime*. O Estado de direito e o princípio da legalidade implicavam a redução do direito à lei e a exclusão, ou pelo menos a submissão à lei, de todas as outras fontes do direito. (2011, pág. 24).

O ativismo judicial é uma prática existente e necessária a conduta judiciária e a própria sociedade, pois nosso Poder Legislativo por vezes se abstém de questões por fins meramente políticos, o que acaba por prejudicar parte da sociedade, como no já mencionado caso de reconhecimento da união homoafetiva, e assim cabe aos juízes interpretarem a Lei. Como já dito, o direito não é capaz de acompanhar a sociedade, e por isso cabe ao Judiciário adequar a Lei quando necessário.

Mas nada é absoluto em nosso Estado democrático de direito, nem mesmo as decisões do Supremo Tribunal Federal de cunho ativista. Não se trata de decisões irrefreáveis, existem limitações, dentro da natureza de nosso ordenamento jurídico, de *civil law*, pelo simples fato de que os limites estão prescritos em lei, e o princípio da legalidade é uma das principais balizas, sendo inafastável e inviolável. Como poderia afastar a maior garantia histórica contra os abusos estatais, que derogou o próprio absolutismo, sem que houvesse risco de existir arbitrariedades?

E dentro desta decisão da Suprema Corte brasileira podemos afirmar a existência de uma dupla violação. Primeiro a própria estrita legalidade, e por derradeiro, ao princípio de separação dos poderes. Este segundo princípio é base estruturante do nosso Estado democrático de direito, cláusula pétrea constitucional, vedando disfunções dos poderes.

O art. 22, inciso I, CF/88, define a competência do Congresso Nacional para legislar sobre direito penal, uma função típica de seu exercício constitucional. Ainda que a função atípica do Judiciário seja legislar, o dispositivo de lei mencionado define a competência exclusiva da União, somado a própria indelegabilidade de funções, seria impossível, ainda que voluntariamente, o Legislativo transferir ao Judiciário sua competência para legislar direito penal. É um caso que a conduta se limitaria a cientificar o Poder Legislativo de sua omissão, sem usurpar-lhe função.

O sistema de freios e contrapesos tem como função controlar os atos dos outros poderes, não exercer estes atos quando de sua omissão. Canotilho em sua doutrina sobre *Fundamentos da Constituição* estabelece esta norma como uma lei específica e constitucional. Específica por ser criada através de uma Assembleia Constituinte, e constitucional por deter o monopólio das normas de cunho constitucional. Entre essas normas, existe a fixação dos órgãos do poder político, bem como suas atribuições, e sobre isso discorre:

A Constituição define o estatuto dos órgãos do poder político. São as normas constitucionais que conformam o processo político, fixando os órgãos do poder político, as suas atribuições e competência. Através da Lei fundamental afirma-se o princípio da *tipicidade dos órgãos do poder político*, designadamente dos órgãos de soberania, define-se a sua formação, composição, competência e funcionamento, prescreve-se o princípio da separação e da interdependência e impõe-se o princípio da conformidade dos actos do Estado com a Constituição. (1991, p. 41).

Está norma de definição do poder político, por sua natureza constitucional, detém a força normativa, vinculante a todos os órgãos estatais, vez que se trata da Lei superior do Estado. Um abuso não se configura apenas quando o ato praticado traz encargos para a sociedade, não se configura por seus resultados, mas sim pela violação de preceito fundamental, os fins não justificam os meios.

Por mais nobre que pareça ser a intenção do Supremo Tribunal Federal, ela viola dois princípios fundamentais de nossa sociedade, os mais importantes contra o próprio abuso estatal, e, portanto, a Suprema Corte brasileira agiu através de um abuso contra a própria Constituição Federal.

Os juízes são humanos, e a natureza humana pressupõe a imperfeição, fato este que enseja o erro, e ainda diversas ideologias e pensamentos diferentes. E o que defende o homem de si mesmo é a própria Lei, neste caso por meio de princípios, que existem para proteger a sociedade do Estado, e o Estado daqueles que exercem suas funções.

O princípio da reserva legal não apenas veda a edição de leis pelo Judiciário e Executivo em seara penal, mas também impõe uma conduta ao legislativo, que entraria dentro dos limites de sua função. Não poderia o poder incumbido da função de legislar aprovar um crime com base em procedimento diverso do prescrito em lei, criando um novo. Esses limites previstos pela Lei são a garantia do cidadão de que sua vontade está sendo efetivada, por isso é dada competência a edição de crimes exclusivamente ao Congresso Nacional. Não importa qual o conteúdo desta norma editada, ainda que se tenha a mais pura e honorável intenção, um abuso estatal não é medido pelo grau de ofensa aos direitos de alguém, mas pela não previsão expressa do procedimento e limites prescritos na própria Lei constitucional, principalmente por seus princípios.

Muito se aproxima do pragmatismo jurídico, disseminado principalmente por Richard Posner, fundado na doutrina de que o juiz poderia ignorar as construções históricas da sociedade para prever novas situações, criar

direito para defender direitos, ainda que viesse a violar direitos de outros. É um exercício arbitrário que depende da boa-fé e consciência do intérprete do direito, um risco muito alto.

Os riscos do sistema adepto ao pragmatismo jurídico são descritos por Dworkin, principalmente sustentado pela insegurança jurídica. Os juízes adeptos ao pragmatismo jurídico têm como marca principal a ignorância dos valores históricos da sociedade, para ajusta suas decisões ao interesse social, pela tentativa de prever as consequências desta decisão.

Essa construção histórica protegeu o homem contra o abuso dos Estados absolutistas, e o trouxe seu primeiro direito, a liberdade. É a legalidade que nos tornou livres, e existe uma incompatibilidade entre nosso ordenamento jurídico e as decisões fundadas no pragmatismo jurídico, pela própria natureza de ambos. Dworkin já dizia que não existiria liberdade se o poder de julgar estivesse junto ao poder legislativo, resultando no chamado juiz legislador, cuja consequência seria o poder arbitrário sobre a liberdade e vida dos cidadãos.

O princípio da legalidade não representa apenas uma garantia ao cidadão, mas uma garantia ao próprio Estado Democrático de Direito, ao constitucionalismo e positivismo jurídico, garantidor da segurança jurídica e contra a tirania e despotismo do poder, efetivada também pela separação dos órgãos do Estado. Davide Resto mais uma vez leciona:

Por lo tanto, el principio de legalidad no es sólo un principio del Estado democrático de Derecho sino que es al mismo tiempo un derecho fundamental de los ciudadanos vinculado con el principio de seguridad jurídica: el derecho a la legalidad penal implica el derecho de toda persona a poder saber, en todo momento, qué conductas están prohibidas (ámbito de lo ilícito o de lo prohibido) y qué es lo que le sucederá en el caso de que se realicen alguna de esas conductas prohibidas (ámbito de las consecuencias jurídicas del delito). (2019, p. 37)<sup>29</sup>.

Conclui-se que essa interpretação do Supremo Tribunal Federal passou por diversas dimensões do ativismo judicial, a interpretação constitucional, criação legislativa, falta de deferência aos outros poderes e efetivação de direitos,

---

<sup>29</sup> Portanto, o princípio da legalidade não é apenas um princípio do Estado democrático de direito, mas ao mesmo tempo um direito fundamental dos cidadãos vinculado ao princípio da segurança jurídica: o direito à legalidade penal implica o direito de todas as pessoas ser capaz de saber, a todo o momento, quais comportamentos são proibidos (âmbito do ilegal ou proibido) e o que acontecerá no caso de qualquer um desses comportamentos proibidos (âmbito das consequências jurídicas do crime).

que culminou na extensão do conceito de “raça” da Lei nº 7.716, e assim tornar as práticas de homotransfobia como crimes, bem como a qualificação como motivo torpe dentro do crime de homicídio, por meio de uma violação ao princípio da legalidade, em especial a reserva legal e taxatividade, e inclusive a própria separação dos poderes.

E não apenas tornar crime, mas ainda crimes imprescritíveis, conforme preconiza o já mencionado art. 5º, XLII. Comparando-se ao restante do ordenamento jurídico, que traz inúmeras práticas criminais, somente o racismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático de direito. Esse rol é pequeno pela própria proteção que se dá ao cidadão.

Entretanto, um rol que traz apenas dois tipos criminais é estendido com base em uma mera interpretação, o que demonstra claramente o grande problema dessa decisão, que é grave naturalmente por violar a legalidade, mas também trazer diversos outros encargos negativos, tornando-se assim a prática imprescritível, e ainda criando um perigoso precedente.

### **5.5 O Precedente Criado Pela Decisão do Supremo Tribunal Federal**

O grande problema da decisão do Supremo Tribunal Federal não é a criminalização da homotransfobia em si, mas o precedente que se cria. Como razão a omissão e mora do Poder Legislativo podemos interpretar algumas causas, mas o motivo que mais parece ser determinante é de natureza política.

O parlamento discute a tipificação destas condutas desde o ano 2002, completando assim 18 anos, tempo este suficiente para a edição de uma Lei. Entretanto, há grande predominância de Deputados Federais e Senadores religiosos, e o próprio dogma religioso, ainda que venha sendo alterado, possui certa aversão contra o grupo LGBTI+, o que protela a questão, ou até mesmo não a aceite.

E durante todo este período não houve qualquer momento que as práticas discriminatórias e violentas contra este grupo vulnerável cessaram, pelo contrário, com a crescente onda da internet essas práticas aumentaram. Não há que se discutir a necessidade de tipificação do tratamento aos crimes homofóbicos e transfóbicos, inclusive aumentando a rigidez de outros já existentes, como a própria qualificação dentro do homicídio.

O problema é a forma como foi feita a criminalização, o que é agravado quando vislumbrado o histórico do Supremo Tribunal Federal. Entra dentro da seara do próprio abuso, vez que como mencionado, abuso não se mede por seus efeitos, mas pela sua forma. Essa interpretação extensiva da Lei Penal, ainda que traga efeitos garantistas aos direitos da comunidade LGBTI+, cria um problema em sua recorrência.

Essa decisão representa um precedente para que outras práticas sejam criminalizadas sem observância da reserva legal, violando assim novamente o princípio da legalidade, e pela criação do precedente, é impossível controlar quais práticas serão criminalizadas, o que resulta na tirania do Poder Judiciário por sua arbitrariedade.

A título de exemplo, podemos citar o caso *Dred Scott V. Stanford*, (vide tópico 4.4.2), cuja decisão da Suprema Corte Americana decidiu pela constitucionalidade do racismo. Ainda que não verse propriamente sobre o princípio da legalidade, demonstra o grande problema de conceder poder decisório ilimitado ao Judiciário.

Não se pode visualizar como parâmetro decisões de outros ordenamentos jurídicos fundados no *common law*, como é o norte-americano. Para exemplificar a problemática dos precedentes podemos citar chamado *willful blindness*, teoria criada pela Suprema Corte americana. Nacionalmente são utilizadas as terminologias cegueira voluntária ou cegueira deliberada, como explica Luiz Regis Prado e Luís Roberto Gomes em sua exímia obra:

Nos Estados Unidos da América (EUA), onde tem ampla aplicação, vem sendo utilizado como substituto do knowledge, presente quando o agente, tendo ciência da elevada probabilidade da existência dos componentes de um injusto típico, e não acreditando em sua inexistência, age ou se omite, deliberadamente, no sentido de evitar a comprovação do fato. (2019, p. 3).

Se trata assim de hipótese o agente tem conhecimento da possibilidade que sua prática esteja enquadrando em um tipo penal, entretanto, acaba por agir ou se omitir sem ter certeza quanto a ilicitude do fato.

Em nossa jurisprudência, o instituto foi aplicado pela primeira vez no notório caso de furto qualificado no Banco Central de Fortaleza, por meados de 2005. De forma mais recente e notória, a Ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber aplicou este entendimento no caso do Mensalão (Ação Penal nº

470/MG). Foi neste julgamento que ficou definido a cegueira voluntária não apenas quando há ação, mas também omissão do agente.

Por conta desta jurisprudência formada em nossa Suprema Corte, muito houve uma equiparação entre a cegueira voluntária e o dolo eventual, caso em que o agente tendo consciência da ilicitude de sua conduta ainda assim executa. Essa teoria é um grande risco a própria estrita legalidade, vez que vai contra ao que se tem por elemento subjetivo, ensejando até mesmo imputações a crimes dolosos sem que haja dolo. É o que mais uma vez mencionam Luiz Regis Prado e Luís Roberto Gomes:

O sistema de imputação subjetiva positivado vem a ser garantia fundamental, limitando o poder punitivo estatal e protegendo a liberdade, em pleno compasso com a principiologia do Estado democrático e social de Direito, que a garante ao lado da dignidade da pessoa, como princípios fundantes e estruturais da ordem jurídica. Qualquer tentativa de inserção de categoria subjetiva autônoma não prevista em lei, como parâmetro de equiparação ao dolo ou ao dolo eventual, é vedada, sob pena de violação ao princípio da legalidade, uma das mais caras garantias de liberdade do Estado de Direito. (2019, p. 10).

Essa tendência do tribunal máximo de nosso Poder Judiciário tem por vezes derogado as prerrogativas fundamentais de nosso Estado democrático de direito. Esse instituto do ordenamento jurídico norte-americano, originado assim de um sistema de *common law*, é incompatível com a natureza de nosso ordenamento jurídico. Não caberia aplicação desta teoria sem que houvesse previsão expressa, pelos princípios da legalidade e da imputação subjetiva, bases do ordenamento jurídico.

O *willful blindness* é apenas um caso comparativo a se mencionar, sem buscar viajar sobre águas profundas, mas somente estabelecer como ponto principal a intensa relativização de princípios fundamentais de nosso ordenamento jurídico pelo Supremo Tribunal Federal, aplicando esta teoria para tornar um ilícito que seria atípico, pela falta do elemento subjetivo, mas equiparando ao dolo eventual, que não poderia ser equiparado.

E se não bastasse, nossa Suprema Corte possui ainda o problema de superação de seus próprios precedentes e jurisprudência. Neste ponto, podemos citar a própria prisão em segunda instância, conforme já melhor explicado anteriormente (vide tópico 4.8.5), onde em um período de dez anos houve a

mudança da interpretação por três vezes, inclusive alguns Ministros alteraram seu entendimento sobre o tema.

O ponto principal que se discute na prisão em segunda instância é o princípio da presunção de inocência, fundamental a defesa da liberdade do cidadão, e mesmo dentro deste tema imensuravelmente importante houveram diversas alterações no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o que resultou em prisão e soltura de diversas pessoas.

Trazendo à baila de nossa discussão principal, a falta de observância princípio da legalidade pode trazer ainda mais agravos a sociedade, tornando-se um precedente de violação a outros princípios, como a própria irretroatividade da lei penal.

O que se vê é claramente um período de insegurança jurídica, pelo desrespeito à Lei e ao próprio Poder Legislativo. Inclusive, por existir uma intensa superação de sua própria jurisprudência, é impossível prever se com a politização da justiça não possa existir um momento em que a mesma Corte derogue seu entendimento de criminalizar a homotransfobia.

E pela própria politização da justiça, um dos problemas do ativismo judicial, a mudança de Ministros dentro da Corte, ou os interesses daqueles já presentes, pode por vezes criminalizar uma conduta para aplicar-se a algum notório caso, criando uma figura típica ao tribunal de exceção, criando crimes para situações específicas, muito próximo a realidade dos governos absolutistas, fundada na arbitrariedade de interesses.

## 6 CONCLUSÃO

É então assim compreendida as três esferas que pressupõe o estudo da criminalização da homotransfobia.

Primeiro ao definir o princípio da legalidade, e principalmente suas duas garantias principais, a taxatividade ou determinação e a reserva legal, bem como sua importância histórica de luta contra o Estado absolutista, que o faz que esteja previsto em todas as Constituições brasileiras, assim como em diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Segundo a estabelecer o princípio da separação dos poderes, pelo estudo de Aristóteles, John Locke, e principalmente, Montesquieu, adotado por nosso ordenamento jurídico, quando da divisão em órgãos estatais, incumbidos de funções típicas e atípicas, bem como pela própria necessidade da interpenetração dos poderes.

Terceiro ao estudar minuciosamente o ativismo judicial, partindo desde sua conceituação, até a definição de suas atividades principais, dentro da decisão do Supremo Tribunal Federal objeto de estudo, e principalmente estabelecendo os limites para suas decisões, da própria doutrina de Cappelletti, com os limites processuais e materiais.

E assim, formada toda base, é feito o estudo da decisão do Supremo Tribunal Federal que criminalizou a homotransfobia, passando pelas mais diversas esferas do direito, tendo grande cunho político, principalmente pela abstenção o legislativo, que ainda estão presentes parlamentares se eximem dessas questões por seu alto grau de complexidade social, e desta forma em sua própria concepção o STF entendeu ser competente a decidir sobre o assunto.

É possível conceituar essa decisão como um ativismo judicial revelador, passando por diversas dimensões do ativismo judicial, principalmente da criação legislativa, interpretação constitucional e falta de deferência aos demais poderes, para então violar o princípio da legalidade, usurpando a função do Congresso Nacional para legislar, e ampliando uma Lei penal para abarcar outras práticas, e consequentemente violando a reserva legal e taxatividade.

É dever do Supremo Tribunal Federal como intérprete final da norma proteger as minorias, os grupos vulneráveis, efetivando seus direitos, inclusive através das práticas ativistas.

Entretanto, sua atuação deve ser nos limites impostos pela Lei, não se pode ultrapassar uma garantia fundamental para efetivar outro direito, vez que isso representa um abuso. E se não bastasse, a criminalização tipificou um crime imprescritível, rol este extremamente reduzido.

O assunto possui grande complexidade, e há aqueles que defendem a decisão do Supremo Tribunal Federal, como o falecido professor e ex deputado federal Luiz Flávio Gomes, entendendo ser uma mera adequação ao conceito de racismo. Entretanto, a desvirtuação da finalidade legal não pode ser relativizada por conceitos e dogmas.

É assim que se cria o precedente de violação a direitos na sociedade, em especial aqueles protetores contra o Estado. É evidente que o assunto por sua complexidade não encontrará uma resposta objetiva, pois essa é a característica principal do direito, a hermenêutica, mas é certo que seguindo os ditames clássicos, e modernos, a violação ao princípio da estrita legalidade neste caso é um risco perante toda a sociedade.

Inclusive, o crime já está sendo aplicado por todo o Judiciário, nas mais diversas condutas descritas na Lei nº 7.716, a todos aqueles que se destinarem o conceito de raça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. 3ª. ed. São Paulo Manole, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Francisco de Assis. **Constituições do Brasil**. Brasília: Instituto dos Advogados do Brasil, 1985.

ARISTÓTELES. **A política**: Tradução Mário Gama Kury. Editora Universidade de Brasília, 1985.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11/22, jan/dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro, Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITTENCOURT, Cristina Ripardo. **Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: desafio institucional**. Orientador: Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 108 f. Dissertação de mestrado (Direito) - Rio de Janeiro, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

**BORILLO**, Daniel. **Homofobia: Histórica e crítica de um preconceito**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

**BORNIA**, Josiane Pilau. **Racismo**. Direito Penal Constitucional: a (des)construção do sistema penal. Coordenação e prefácio Luiz Regis Prado; organização, Luís Roberto Gomes e Mário Coimbra. 1. Ed. Rio de Janeiro; Forense, 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)> Acesso em: 18 de outubro. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 16 de julho de 1934. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)> Acesso em: 18 de outubro. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 1967, e alterada vide emenda constitucional em 17 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)> Acesso em: 18 de outubro. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 18 de outubro. 2020.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)> Acesso em: 18 de outubro. 2020.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)> Acesso em: 18 de outubro. 2020.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**: outorgada pelo imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)> Acesso em: 18 de outubro. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 18 de outubro. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. **Estatuto da igualdade racial**. Diário Oficial da União. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm)> Acesso em: 18 de outubro. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. **Lei de Racismo**. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm)> Acesso em: 18 de outubro. 2020.

CAMPOS, Bruna Villas Boas. **As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional**: O império dos homens sobre o direito. Orientador: Profa. Dra. Iara Menezes Lima. 2014. 162 f. Dissertação de mestrado (Direito) - Belo Horizonte, 2014.

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

**CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª edição,** Livraria Almedina, Coimbra, 1993.

**CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Fundamentos da Constituição.** Editora Coimbra, 1991, Coimbra.

**CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?.** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1999.

**CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política.** Brasília, XX Encontro anual da ANPOCS, 1996.

Convenção Americana sobre Direitos humanos. **Pacto de São José da Costa Rica.** 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)> Acesso em: 18 de outubro. 2020.

**COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite.** 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-separacao-de-poderes-em-corrente-tripartite/>. Acesso em: 01 nov. 2011.

**D'MACÊDO, Juliana Maria. Pragmatismo Jurídico no Supremo Tribunal Federal. Direitos e humanidades.** Nº 25, 2015. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/07.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/07.pdf)>. Acesso em 18 de outubro de 2020.

**Declaração de direitos do homem e do cidadão.** 26 de agosto de 1789, França. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 18 de outubro de 2020.

**DUARTE, Hugo Garcez; LEITE, Alessandro da Silva. Uma visão histórica da Teoria da Separação dos Poderes no Brasil.** 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/uma-visao-historica-da-teoria-da-separacao-dos-poderes-no-brasil/>. Acesso em: 01 set. 2017.

**DWORKIN, Ronald. O império do direito:** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

**FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

**FERRAJOLI, Luigi. Juyces y política.** Derechos y libertades Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Ano nº 4, Nº 7, 1999.

**FERRAJOLI, Luigi. Legalidad civil y legalidad penal: sobre la reserva de Código en materia penal.** Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Vol. 9, nº 15, 2002.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 38. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

Gazeta do povo. **Prisão após segunda instância no STF: histórico de votações.** 2019. Gazeta do povo. Disponível em: <https://infograficos.gazetadopovo.com.br/politica/votacoes-prisao-segunda-instancia-no-stf/>. Acesso em: 16 out. 2019.

**GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário. Reserva Legal.** Direito Penal Constitucional: a (des)construção do sistema penal. Coordenação e prefácio Luiz Regis Prado; organização, Luís Roberto Gomes e Mário Coimbra. 1. Ed. Rio de Janeiro; Forense, 2020.

**GOMES, Luiz Flávio.** Ex Diretor Presidente da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes e ex Deputado Federal. **O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes?** Migalhas, 23 jun. 2009. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/87133/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 18 out. 2020.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal:** parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado:** Tradução Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARAIA, Ricardo Regis. **A dupla face do princípio da legalidade.** São Paulo, 2008, Tese de Doutorado. Orientador Doutor Renan Lotufo.

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

**LOCKE, John. Segundo tratado do governo civil:** e outros escritos. 3ª. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

**LOPES, Maurício Antonio Ribeiro.** Princípio da legalidade penal. **São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.**

MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.** Orientador: Profa. Gisele Cittadino. 120 f. Dissertação de mestrado (Direito) - Rio de Janeiro, 2008.

**Magna Charta Libertatum.** 1215. Disponível em: <[http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas\\_Direitos\\_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf](http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf)>. Acesso em 18 de outubro de 2020.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: desenvolvimento no Estado Brasileiro.** 2000. Disponível em: Acesso em <[https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao\\_de\\_poderes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf)> em: 18 de outubro de 2020.

MANZINI, Vincenzo. **Tratatto di diritto penale italiano.** Torino, 1961, v.1.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal. Campinas. Bookseller. 1997, v. 1.**

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.**

MIGALHAS, **redação.** STF volta a proibir prisão em 2ª instância: **placar foi 6 a 5. placar foi 6 a 5. 2019. Disponível em:** <https://migalhas.uol.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2--instancia-placar-foi-6-a-5>. Acesso em: 07 nov. 2019.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Volume 2: Parte especial.** 31. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2014. 577 p. v. 2

MONTESQUIEU. **O espírito das leis: Tradução Cristina Murachco.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NAUCKE, Wolfgang. **La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado.** Revista brasileira de Ciências Criminais, vol. 61/2006, p. 122-146, 2006.

NETO, Ridivan Clairefont de Souza Mello; DIAS, Jean Carlos. **A democracia pragmática em Richard Posner e o papel do pragmatismo cotidiano na seara democrática.** Rev. Direitos Fundam. Democ., ano 310, v. 23, ed. 3, p. 332, 2018.

NETO, Vicente Amêndola. **Direito Penal: princípio da legalidade.** Campinas: Komedi, 1997.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal.** 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 10. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 965 p. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES JR. Amandino Teixeira. **A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Nº 178. 2008. p. 159

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Proclamada em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em: 18 de outubro. 2020.

**Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. 16 de dezembro de 1966. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)> Acesso em: 18 de outubro. 2020.

PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 1989.

PEDRA, Adriano Sant'ana. Tese de Doutorado. **Teoria da mutação constitucional: Limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização**. Orientador: André Ramos Tavares. 2009. Tese de Doutorado (Direito) - Doutor, São Paulo, 2009. p. 332.

PEREIRA, Maria Eduarda Camargo; NEVES, Helen Correa Solis. **Criminalização da LGBTfobia: uma problematização necessária**. Uma problematização necessária. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/criminalizacao-da-lgbtfobia-uma-problematizacao-necessaria/>. Acesso em: 03 set. 2019.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PLATÃO. **A República, Livro I**. São Paulo. Edipro, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **CURSO DE DIREITO PENAL BRASILEIRO**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis; GOMES, Luís Roberto. **Cegueira voluntária: uma engenhoca estranha e perigosa**. Revista dos Tribunais Online, Online. v. 1007, p. 227-256, 2019.

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

RESTA, Davide. **El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* en el Derecho Penal Internacional. En particular en el Estatuto de la Corte Penal Internacional**. Tese de Doutorado, Orientador. Francisca L. Villalba Pérez, Universidad de Granada, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. Martins Fontes, São Paulo, 1999.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. **The Supreme Court**: 1947. Fortune Vol. 35 (1), 1947  
SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Lúcio Tadeu da. **O Estado Constitucional cogitado por Gustavo Zagrebelsky**. 2007. Disponível em: <https://www.diferenca.com/preconceito-racismo-e-discriminacao/>. Acesso em: 13 jul. 2007.

SILVA, Maria Aparecida Lima; SOARES, Rafael Lima Silva. Reflexões sobre os conceitos de raça e etnia. **Revista Eletrônica de Culturas e Educação**: Caderno temático: educação e africanidades, v. 2, ed. 4, 2011.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios & Contrapesos (checks and balances)*. Livraria Del Rey Editora LTDA. Belo Horizonte, 199, 200p.

STF. Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Relator: Ministro Edson Fachin, por maioria. Diário de justiça: 13 de junho de 2019.

STF. Pleno. **Mandado de Injunção nº 4.733**. Relator: Ministro Celso de Mello, por maioria. Diário de justiça: 13 de junho de 2019.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Tobjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York, New York Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. Madrid; Editorial Trotta, 2011.