

Ativismo judicial e a (re)definição dos limites da liberdade judicial: estudo sob a ótica constitucional das condutas equiparadas ao crime de racismo nos julgados MI 4733 e ADO 26

Judicial activism and the (re)definition of the limits of judicial freedom: a study from a constitutional perspective of conduct equated to the crime of racism in the judgments MI 4733 and ADO 26

Miriã de Lima Teixeira Otávio¹

Marcus Vinicius Silva Coelho²

Marina Teodoro³

Resumo

O presente estudo insere-se no debate contemporâneo acerca dos limites constitucionais do ativismo judicial na esfera penal brasileira, examinando criticamente os julgados proferidos no Mandado de Injunção n.º 4.733 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, os quais redefiniram, no plano jurisprudencial, a proteção penal contra condutas discriminatórias. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: a atuação do Supremo Tribunal Federal, ao equiparar a homotransfobia ao crime de racismo diante de omissão legislativa, configura legítima concretização constitucional ou representa extrapolação dos limites da jurisdição penal? O objetivo geral do trabalho consiste em analisar, à luz da Constituição Federal, os limites da atuação judicial em matéria penal, especialmente diante da tensão entre a efetividade dos direitos fundamentais e as garantias estruturantes do Estado Democrático de Direito, notadamente o princípio da legalidade estrita e a reserva legal. O artigo fundamenta-se, predominantemente, nas contribuições teóricas de Luís Roberto Barroso (2025), Alexandre de Moraes (2025) e Luigi Ferrajoli (2014), cujas abordagens permitem compreender, respectivamente, o fenômeno do ativismo judicial, os limites da jurisdição constitucional e a centralidade do garantismo penal. Para tanto, adota-se metodologia qualitativa, com abordagem dedutiva, mediante pesquisa bibliográfica em doutrina constitucional e penal, aliada à análise normativa e jurisprudencial dos precedentes do Supremo Tribunal Federal. No desenvolvimento do estudo, sustenta-se que, embora a intervenção judicial tenha promovido relevante proteção a grupos vulneráveis, seus efeitos normativos geraram tensão com a legalidade penal e com a separação dos Poderes, ao aproximar a função jurisdicional de uma atuação materialmente legislativa. Como conclusão, verifica-se que a hipótese proposta se confirma, na medida em que a ampliação interpretativa em

¹ Especialista. Curso de Direito da Universidade Evangélica de Goiás- UniEVANGÉLICA. E-mail: miriadelima123@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0000-6956-200X>

² Mestre. Curso de Direito da Universidade Evangélica de Goiás- UniEVANGÉLICA. E-mail: marcus.coelho@docente.unievangelica.edu.br. <https://orcid.org/0009-0003-5217-5769>

³ Doutora. Curso de Direito da Universidade Evangélica de Goiás- UniEVANGÉLICA. E-mail: marina.teodoro@docente.unievangelica.edu.br. <https://orcid.org/0009-0004-4001-2900>

matéria penal compromete a segurança jurídica e o equilíbrio institucional, evidenciando a necessidade de critérios rigorosos de autocontenção judicial. O trabalho justifica-se pela sua relevância teórica e prática, ao contribuir para o aprimoramento do debate sobre os limites da jurisdição constitucional penal e a preservação das garantias fundamentais em um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Legalidade penal; Separação dos Poderes; Racismo; Homotransfobia.

Abstract

This study is part of the contemporary debate concerning the constitutional limits of judicial activism in the Brazilian criminal sphere, critically examining the judgments rendered in Writ of Mandamus No. 4,733 and Direct Action of Unconstitutionality by Omission No. 26, which redefined, in jurisprudential terms, criminal protection against discriminatory conduct. The research problem is as follows: does the Supreme Federal Court's action in equating homophobia and transphobia to the crime of racism in the face of legislative omission constitute a legitimate constitutional implementation or does it represent an overstepping of the limits of criminal jurisdiction? The overall objective of this work is to analyze, in light of the Federal Constitution, the limits of judicial action in criminal matters, especially in the face of the tension between the effectiveness of fundamental rights and the structural guarantees of the Democratic Rule of Law, notably the principle of strict legality and the principle of legality. This article is primarily based on the theoretical contributions of Luís Roberto Barroso (2025), Alexandre de Moraes (2025), and Luigi Ferrajoli (2014), whose approaches allow for an understanding of, respectively, the phenomenon of judicial activism, the limits of constitutional jurisdiction, and the centrality of penal guarantees. To this end, a qualitative methodology with a deductive approach is adopted, through bibliographic research in constitutional and penal doctrine, combined with normative and jurisprudential analysis of precedents from the Supreme Federal Court. The study argues that, although judicial intervention has provided significant protection to vulnerable groups, its normative effects have generated tension with penal legality and the separation of powers, by bringing the judicial function closer to a materially legislative action. In conclusion, the proposed hypothesis is confirmed, insofar as the interpretative expansion in penal matters compromises legal certainty and institutional balance, highlighting the need for rigorous criteria of judicial self-restraint. This work is justified by its theoretical and practical relevance, as it contributes to improving the debate on the limits of constitutional criminal jurisdiction and the preservation of fundamental guarantees in a democratic state governed by the rule of law.

Keywords: Judicial activism; Criminal legality; Separation of powers; Racism; Homotransphobia.

1. INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou um marco de transformação do Estado brasileiro para um modelo democrático voltado à efetivação dos direitos fundamentais. Esse novo ordenamento, inspirado pelo neoconstitucionalismo, atribuiu ao Poder Judiciário, e especialmente ao Supremo Tribunal Federal (STF), o papel de guardião da Constituição, ampliando sua esfera de atuação para além da tradicional aplicação da lei. Nesse contexto, emergem os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. Enquanto a judicialização decorre do modelo constitucional que remete ao Judiciário questões de relevante impacto social e político, o ativismo judicial configura-se como uma postura proativa do magistrado que, diante de

omissões ou lacunas normativas, busca concretizar princípios e valores constitucionais, frequentemente expandindo o espectro da interpretação jurídica tradicional.

O presente trabalho tem como tema central o ativismo judicial e seus limites na política penal brasileira, com foco específico nas condutas equiparadas ao crime de racismo, analisadas nos julgados paradigmáticos do Mandado de Injunção (MI) 4733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26. A relevância do tema se justifica pela tensão estrutural que se estabelece entre dois vetores constitucionais igualmente essenciais: de um lado, a proteção substancial dos direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a igualdade e, de outro, as garantias penais estruturantes do Estado Democrático de Direito, notadamente o princípio da legalidade estrita e a reserva absoluta de lei formal.

O problema de pesquisa que orienta este estudo consiste em verificar se a aplicação da Lei n.º 7.716/1989 (Lei do Racismo) às condutas homotransfóbicas, diante de uma omissão legislativa prolongada, representou uma legítima concretização constitucional ou uma extrapolação dos limites da jurisdição penal. Sustenta-se, como hipótese central, que o Supremo Tribunal Federal pode exercer atuação legítima diante de omissões legislativas voltadas à proteção de direitos fundamentais, porém adentra em zona de tensão constitucional quando tal intervenção produz efeitos materialmente equivalentes à criação ou ampliação de tipos penais, em afronta ao princípio da legalidade penal estrita e à competência legislativa.

2. REVISÃO DA LITERATURA

2.1. FUNDAMENTOS DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito, regido com base na dignidade da pessoa humana, cidadania e na supremacia da Constituição. Com o surgimento dessa nova ordem constitucional, desencadeou-se a modificação e redistribuição do poder entre os Poderes da República, consolidando o Poder Judiciário como um dos agentes responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais.

A judicialização pode ser definida como o processo pelo qual questões políticas, sociais e morais são repassadas ao Poder Judiciário, seja por inércia ou omissão dos Poderes Legislativo ou Executivo, seja em razão de controvérsias constitucionais geradas por suas próprias decisões. Para Luís Roberto Barroso (2025), o fenômeno da judicialização consiste em um caso político e institucional que decorre do modelo constitucional adotado, resultando no remanejamento de decisões anteriormente tomadas na área da política majoritária para o escopo do Poder Judiciário.

Por outro lado, o ativismo judicial configura-se como uma atitude proativa de interpretação do Judiciário, no qual o magistrado não aplica somente a norma existente, mas busca preencher lacunas para concretizar direitos previstos na Constituição. Alexandre de Moraes (2025) frisa que o ativismo judicial decorre do papel criador do magistrado, embora a função jurisdicional não possa substituir a vontade popular expressa pelo Legislativo.

A distinção entre judicialização e ativismo judicial é fundamental para o entendimento do fenômeno jurídico. Enquanto a judicialização decorre da necessidade de resolução de conflitos o ativismo é uma escolha interpretativa marcada por um grau maior de intervenção e criatividade judicial, o que tensiona a separação entre os Poderes.

2.2. O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E O DESEQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES

O ativismo judicial no Brasil se intensifica a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Segundo Lenza (2025), o ativismo judicial no Brasil decorre do novo papel

constitucional conferido aos tribunais, em destaque contextos de omissão ou inércia do legislador. Diante dessa inércia, o Judiciário passa a exercer uma função supridora na busca de garantir a efetividade e o cumprimento da previsão legal.

A teoria da Separação dos Poderes, formulada por Montesquieu em "O Espírito das Leis", consolidou-se como um dos pilares basilares do constitucionalismo moderno. O sistema proposto por Montesquieu dividiu o poder em três funções autônomas e harmônicas: o Legislativo, incumbido de criar e fiscalizar as leis; o Executivo, encarregado da administração pública; e o Judiciário, incumbido de aplicá-las aos casos concretos.

No Brasil, o princípio da separação dos Poderes está previsto no art. 2º da Constituição Federal, que estabelece a independência e harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário como fundamentos do Estado Democrático de Direito. O sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) emerge como mecanismo destinado a impedir abusos e assegurar o equilíbrio institucional.

Todavia, com o ativismo judicial, observa-se uma crescente ampliação das funções atípicas do Poder Judiciário, que, em determinadas situações, assume papel de "legislador positivo", criando ou ampliando normas jurídicas em razão da inércia ou omissões legislativas. Lenza (2025) e Paulo e Alexandrino (2025) ressaltam que o ativismo judicial desmedido fragmenta o princípio da segurança jurídica, gerando incerteza normativa e questionamentos quanto à legitimidade democrática das decisões judiciais.

2.3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA RESERVA LEGAL NO ÂMBITO PENAL

O princípio da legalidade é uma das bases estruturantes do Estado Democrático de Direito e se materializa na máxima "*nullum crimen, nulla poena sine lege*". No contexto constitucional brasileiro, tal garantia está presente no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que prevê que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". A noção de reserva legal intensifica essa proteção ao estabelecer que apenas lei formal, proveniente do Poder Legislativo, pode dispor sobre matéria penal. Assim, decisões judiciais, portarias, decretos ou regulamentos não podem criar figuras delitivas ou alterar o conteúdo de normas penais. Conforme Luigi Ferrajoli (2014), a legalidade penal constitui limite intransponível para o exercício do poder punitivo, e qualquer ampliação interpretativa que resulte na criação de tipos penais por via judicial pode configurar violação direta da Constituição. A rigidez do princípio da legalidade penal, contudo, não elimina a possibilidade de tensões com a própria força normativa da Constituição. Em contextos de omissão legislativa, o Poder Judiciário pode ser instado a conferir efetividade a direitos fundamentais cuja proteção depende, em alguma medida, de resposta penal. Nesses casos, surge o dilema entre preservar a reserva legal em sua formulação mais estrita ou assegurar a supremacia material da Constituição, especialmente quando grupos vulneráveis permanecem desprotegidos diante de práticas discriminatórias graves. A doutrina constitucional contemporânea debate, assim, se a legalidade penal deve ser compreendida como limite absoluto ou se admite relativizações excepcionais diante de situações de mora legislativa inconstitucional.

Diante desse contexto, a doutrina tem proposto critérios objetivos para distinguir a atuação judicial legítima do ativismo excessivo em matéria penal. Entre esses critérios, destacam-se: a exigência de omissão legislativa inequívoca e prolongada, a proteção de direito fundamental de estatura constitucional, a impossibilidade de tutela eficaz por outros meios menos gravosos e a adoção de interpretação favorável ao réu quando houver dúvida razoável sobre o alcance da norma penal. Tais parâmetros buscam conciliar a necessária proteção dos direitos fundamentais com o

respeito às garantias penais estruturantes do Estado Democrático de Direito, preservando a legalidade como regra e admitindo a atuação judicial supridora apenas em situações excepcionais e devidamente justificadas.

2.4. CASOS EMBLEMÁTICOS: ADO 26 E MI 4733

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 (ADO 26) e o Mandado de Injunção n.º 4733 (MI 4733) materializam, de forma paradigmática, o fenômeno da intervenção do Poder Judiciário com o objetivo de suprir uma omissão legislativa em matéria penal. A decisão,

proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 2019, reconheceu a inconstitucionalidade por omissão legislativa e aplicou de modo direto e provisório a Lei n.º 7.716/1989 (Lei do Racismo) às condutas homotransfóbicas.

O relator de ambos os processos, ministro Celso de Mello, justificou que a omissão legislativa após quase três décadas desde a promulgação da Constituição Federal havia se tornado incompatível com o compromisso do Estado brasileiro de combater toda forma de discriminação. O STF firmou entendimento no sentido de que práticas discriminatórias fundadas em orientação sexual e identidade de gênero integram o conceito constitucional de racismo social, permitindo sua incidência no âmbito da legislação antirracista.

Parte da doutrina penal argumentou que o STF teria extrapolado seus limites funcionais ao criar, na prática, um novo tipo penal por meio de equiparação analógica, modalidade de interpretação ampliativa vedada quando desfavorável ao réu. Outros autores sustentaram que o Judiciário teria exercido função legislativa típica, violando o princípio da reserva legal e o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

Independentemente da posição adotada, os julgamentos da ADO 26 e do MI 4733 expõem com clareza o núcleo do problema que orienta este estudo: em que medida o Poder Judiciário pode, legitimamente, suprir omissões legislativas em matéria penal sem comprometer as garantias constitucionais que estruturam o Estado Democrático de Direito. A decisão do STF, ao mesmo tempo em que promoveu relevante tutela a grupos historicamente marginalizados, inaugurou um precedente que tensiona a separação dos Poderes e a segurança jurídica, ao permitir que a definição do ilícito penal seja, ainda que excepcionalmente, deslocada do espaço democrático do Legislativo para o âmbito da jurisdição constitucional.

Assim, a análise dos limites do ativismo judicial na esfera penal, parte do reconhecimento de que a proteção dos direitos fundamentais, embora imperativa, não pode ser alcançada mediante a relativização estrutural das garantias penais, sob pena de se fragilizar o próprio alicerce do Estado de Direito.

3. METODOLOGIA

Adotou-se metodologia qualitativa, com abordagem dedutiva. A pesquisa foi desenvolvida por meio de análise bibliográfica, com base em doutrina constitucional e penal, análise constitucional em relação aos princípios da legalidade, separação de Poderes, segurança jurídica e análise jurisprudencial, especialmente dos julgados do MI 4733 e da ADO 26. A pesquisa baseou-se em obras clássicas e contemporâneas do Direito Constitucional e Penal, bem como nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal relativos aos casos analisados.

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A análise realizada demonstra que a decisão do STF nos julgados MI 4733 e ADO 26, embora socialmente necessária e constitucionalmente fundamentada na proteção de grupos vulneráveis, inaugurou um precedente delicado ao estender tipos penais a situações não originalmente contempladas pelo legislador democrático.

Verifica-se que o STF adotou solução de compromisso entre eficácia constitucional e legalidade penal. Ao reconhecer a mora legislativa e determinar a aplicação da Lei n. 7.716/89 às condutas homotransfóbicas, a Corte: protegeu direitos fundamentais de minorias contra omissão legislativa prolongada por mais de trinta anos; respeitou a reserva legal formal ao não criar tipo penal inédito abstrato, mas promovendo equiparação a tipo existente e tensionou o princípio da taxatividade ao promover equiparação conceitual ("racismo = homotransfobia") não explicitamente prevista no texto constitucional ou legal.

A pesquisa evidencia que a atuação judicial que amplia o alcance de tipos penais, redefine conceitos normativos ou equipara condutas não expressamente previstas em lei aproxima-se perigosamente da função legislativa, tensionando o princípio da separação dos Poderes previsto no art. 2º da Constituição Federal. Quando o Poder Judiciário adota interpretações expansivas que resultam na ampliação do âmbito de incidência de normas penais, cria-se um cenário de incerteza quanto aos limites da punição estatal, fragilizando o princípio da taxatividade decorrente da legalidade penal.

Ademais, o uso expansivo do ativismo judicial no campo penal compromete a lógica da ultima ratio do Direito Penal, que não pode ser utilizado como instrumento simbólico de resposta imediata a demandas sociais ou lacunas legislativas, sob pena de converter-se em mecanismo de política pública formulado judicialmente.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo evidenciou que o ativismo judicial em matéria penal, ainda que motivado pela proteção de direitos fundamentais, apresenta riscos concretos à segurança jurídica, à previsibilidade normativa e ao equilíbrio entre os Poderes. Os julgados analisados, MI 4733 e ADO 26, demonstram que decisões judiciais expansivas podem deslocar funções típicas do Legislativo para a esfera judicial, comprometendo a legitimidade democrática e a confiança social no sistema jurídico.

Confirma-se a hipótese inicialmente proposta: a atuação judicial destinada à proteção de direitos fundamentais revela-se constitucionalmente legítima enquanto permanecer no plano interpretativo e declaratório, mas torna-se problemática quando assume função materialmente legislativa em matéria penal, comprometendo a legalidade estrita e o equilíbrio entre os Poderes.

Como contribuições para o debate, o estudo propõe um conjunto de medidas concretas: o fortalecimento do processo legislativo, garantindo a edição de leis claras e democráticas sobre condutas equiparadas ao crime de racismo; instrumentos institucionais de pressão, como a declaração formal de mora legislativa; autocontenção judicial, mediante interpretação restritiva e fundamentada, bem como a integração interinstitucional e diálogo entre Judiciário e Legislativo.

A consolidação do Estado Democrático de Direito exige equilíbrio entre eficácia material da Constituição e preservação das garantias formais que limitam o poder punitivo. A proteção das minorias não pode ocorrer mediante flexibilização estrutural da legalidade penal, sob pena de erosão progressiva do modelo garantista.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – 13ª edição** 2025. 13. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p. 427-435. ISBN 9788553626861. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553626861/>. Acesso em: 07 out. 2025.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 out. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26**. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13 jun. 2019, DJe 23 out. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 28 out. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Mandado de Injunção n.º 4.733**. Incidente n.º 4239576. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 08 out. 2025.
- DIMOULIS, Dimitri. **Significado e atualidade da separação de poderes**. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 215-238.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 25-48.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LENZA, Pedro. **Coleção Esquematizado – Direito Constitucional – 29ª edição** 2025. 29. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. E-book. p. 501-512. ISBN 9788553628100. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553628100/>. Acesso em: 07 out. 2025.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Clássicos).
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1325-1348.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** – 41ª edição 2025. 41. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2025. E-book. p. 27-35. ISBN 9786559777143. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559777143/>. Acesso em: 07 out. 2025.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado** – 24ª edição 2025. 24. ed. Rio de Janeiro: Método, 2025. E-book. p. 781-790. ISBN 9788530996536. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530996536/>. Acesso em: 07 out. 2025.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Rodrigo de Lima e; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe de (Orgs.). **Racismo, homofobia e o STF: uma análise da ADO 26 e do MI 4733**. Curitiba: CRV, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 89-112.