

ATIVISMO JUDICIAL E CRIAÇÃO JURÍDICA: existe o direito do legislador e o direito do juiz?

Laura Oliveira Silva¹
José Cristiano Leão Tolini²

Resumo: O presente artigo objetiva abordar a questão do ativismo judicial contextualizado a partir da análise de recentes casos de grande repercussão no Brasil, que sugerem a ocorrência de ativismo. Para tanto, define ativismo judicial; traz uma breve compreensão dos institutos do recurso extraordinário (RE) e da repercussão geral (RG); realiza a análise do recurso sobre o direito de transexual ser tratado conforme identidade de gênero ante à polêmica em torno dos banheiros públicos; e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 somada ao Mandado de Injunção (MI) 4733, em que o STF reconheceu a omissão do Congresso Nacional por não ter ainda editado uma lei que tornasse crime os atos de homofobia e de transfobia. O método empregado na realização desta pesquisa foi o dialético-argumentativo, operacionalizado por ampla pesquisa bibliográfica e documental realizada em artigos, doutrinas e entendimentos jurisprudenciais pertinentes à temática abordada. Concluiu-se que os magistrados também podem exercer uma posição ativa, inovando o ordenamento jurídico, desde que o seu comportamento seja imprescindível no caso concreto. É imprescindível que o juiz também possa inovar o ordenamento jurídico quando essa postura for indispensável, sobretudo quando a matéria em discussão é fundamental para o interesse da sociedade e a proteção legislativa é insuficiente, inexistente ou injusta.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal.

JUDICIAL ACTIVISM AND LEGAL CREATION: Is there the law of the legislator and the law of the judge?

ABSTRACT: This article aims to address the issue of judicial activism contextualized from the analysis of recent cases of great repercussion in Brazil, which suggest the occurrence of activism. To do so, it defines judicial activism; brings a brief understanding of the institutes of extraordinary appeal (RE) and general repercussion (RG); carries out the analysis of the appeal on the right of transsexuals to be treated according to gender identity in view of the controversy surrounding public restrooms; and the Direct Action of Unconstitutionality by Omission (ADO) 26 added to the Writ of Injunction (MI) 4733, in which the STF recognized the National Congress' failure to enact a law that made acts of homophobia and transphobia a crime. The method used in carrying out this research was the dialectical-argumentative method, operationalized by extensive bibliographical and documentary research carried out in articles, doctrines and jurisprudential understandings relevant to the theme addressed. It was concluded that magistrates can also exercise an active position, innovating the legal system, provided that their behavior is essential in the specific case. It is imperative that the judge also

¹ - Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiânia – PUC Goiás. Especialista em Direito Penal pela FacUnicamps. Mestranda em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FASISP. Servidora Pública – Assessora de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. E-mail: lauraoliveiras@hotmail.com

² - Assessor Jurídico no TJGO. Doutor em Direito Público (Estácio de Sá/RJ), Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento (PUC/GO), Especialista em Direito Penal, Processual Penal, Constitucional, Administrativo (UCG/GO) e Docência Superior (UFG/GO). Professor de Direito Processual Penal e Prática Jurídica na PUCGO, Uni-Anhanguera, Objetivo 92007/2013), UFG (2007/2009) e cursos preparatórios para concursos públicos e OAB

be able to innovate the legal system when this posture is indispensable, especially when the matter under discussion is fundamental to the interest of society and legislative protection is insufficient, non-existent or unfair.

Keywords: Judicial activism. Federal Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente a interpretação consiste em um procedimento realizado para que se tenha a identificação do sentido e do alcance de uma norma jurídica, enquanto que a aplicação representa a incidência a uma situação concreta dos comandos jurídicos que foram identificados.

As duas atividades, porém, não são mais consideradas estanques, separadas, pois se entende modernamente que as normas jurídicas devem ser definidas à luz do caso concreto, sobretudo em virtude do reconhecimento do caráter normativo dos princípios, o que faz com que a interpretação e a aplicação caminhem em conjunto.

Todavia, pode ser que um comando jurídico seja interpretado e se chegue à conclusão de que não deve ser aplicado. Da mesma forma, no controle abstrato de constitucionalidade das leis ocorre a interpretação sem que se tenha a aplicação do direito no sentido próprio do termo.

Em sentido oposto, não há como fazer a aplicação do direito sem que antes seja interpretado, já que não há como se aplicar aquilo que se desconhece, que não foi objeto de cognição.

Na maioria das vezes, a aplicação do direito é realizada quase automaticamente pelo fato de que a questão discutida já foi objeto de uma análise anterior por parte do Poder Judiciário. Assim, basta que seja realizada a adequação dos preceitos anteriormente analisados ao caso concreto, o que é imposto, sobretudo, pelo fato de que todos os anos surgem milhões de processos novos, o que impede muitas vezes uma análise mais profunda e detalhada das diferentes demandas.

Com as aberturas propiciadas pela interpretação e pela aplicação do direito, que receberam novas leituras nas últimas décadas, surge, em especial, a seguinte indagação: existe o direito do legislador e o direito do juiz?

Visando responder ao problema de pesquisa delineado, o presente artigo objetiva abordar a questão do ativismo judicial contextualizado a partir da análise de recentes casos de grande repercussão no Brasil, que sugerem a ocorrência de ativismo.

A observância do princípio da separação de poderes e a defesa da segurança jurídica impõe que a elaboração das normas jurídicas fique sob a responsabilidade exclusiva do Poder Legislativo, afastando-se, assim, a eventual alegação de que existe também o direito judicial. No caso, a atividade legislativa propriamente dita representa o estabelecimento de preceitos gerais e abstratos que inovam o ordenamento jurídico e são aplicados aos casos concretos pelos juízes.

Entretanto, problemas envolvendo a atividade legislativa, sobretudo a impossibilidade de dar respostas adequadas, justas e tempestivas para as diferentes matérias tratadas pelos parlamentos, levaram a uma releitura da atuação judicial, permitindo, inclusive, que se possa falar em alguns casos em criação jurídica, embora seja comumente ocultada.

O método empregado na realização desta pesquisa foi o dialético-argumentativo, operacionalizado por ampla pesquisa bibliográfica e documental realizada em artigos, doutrinas e entendimentos jurisprudenciais pertinentes à temática abordada.

2 ATIVISMO JUDICIAL

O Neoconstitucionalismo é um fenômeno que enaltece a força normativa das constituições, dos princípios da ordem jurídica, de ponderação em ambiente de conflitos, uma interação entre Direito e moral e, ainda, traz em sua essência a valorização do trabalho judicial em detrimento da atividade legislativa, o chamado Ativismo Judicial.

Benjamin Cardozo, juiz da Suprema Corte Americana e Roscoe Pound, Decano da Universidade de Harvard, defendem a Jurisprudência Sociológica e afirmam que o ativismo judicial é uma atividade criadora, com a finalidade de suprir necessidades da vida e omissões normativos, respeitando os limites legais (BULOS, 2022).

Há quem considere o ativismo uma ameaça à separação dos Poderes porque, de fato, há uma invasão na esfera do outro Poder. É relevante a preocupação da população de ver nas mãos de quem julga as relações e exerce a função de interpretação de nossa constituição, o

poder de criar comandos que abarcam toda a sociedade, incluindo questões de natureza política.

Na contramão desse raciocínio, o ativismo judicial pode ser visto como um bote salva-vidas para questões sociais urgentes como já conhecidas entre os brasileiros que, diante da inércia do Poder Legislativo, foram “socorridos” pelo ativismo judicial. São exemplos clássicos a união homoafetiva³ e a possibilidade de abortamento de feto anencéfalo⁴.

Scarpinella defende que manter o entendimento predominante jurisprudencial constitui uma boa atividade judiciária, que resulta em confiança da sociedade no Poder Judiciário, mas que essas obras devem seguir uma evolução conforme a realidade social que está em movimento constante (BUENO, 2017).

Justificando o ativismo judicial em razão de que uma constituição é responsável por unir o fato político e a ordem jurídica, ou seja, situa-se entre os constituintes e os constituídos, participando desses opostos que estão em comunicação, Luís Roberto Barroso, equilibra:

Um tribunal constitucional deverá agir com ousadia e ativismo, nos casos em que o processo político majoritário não tenha atuado satisfatoriamente, e com prudência e autocontenção em outras situações, para não exacerbar aspectos do caráter contramajoritário dos órgãos judiciais, vulnerando o princípio democrático (BARROSO, 2020, p. 234).

Logo, conclui-se que há demanda social que necessita de tutela a partir dos tribunais, uma vez que o Poder Legislativo representa a maioria da população, tratando em segundo plano dos direitos das chamadas “minorias”.

3 COMPREENSÃO DOS INSTITUTOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E DA REPERCUSSÃO GERAL

No direito brasileiro, o Recurso Extraordinário (RE) é uma criação do Direito Constitucional, que tem inspiração no direito americano, com o objetivo de manter a supremacia e a unidade da constituição. A Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988) confere ao STF o julgamento desse recurso:

³ Em 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo.

⁴ Em 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, descriminalizando a interrupção da gravidez de feto com anencefalia.
Revista Jurídica http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Juridica/v.25, n.1, jan. - jun. 2023. 1-17. DOI:<https://doi.org/10.29248/2236-5788.2023.v.1-p.1-17>.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (BRASIL, 1988, s.p.).

O Código de Processo Civil (CPC), alinhado ao Diploma Máximo, prevê o cabimento da interposição de recurso extraordinário no art. 994, inc. VII, com a capacidade de impugnar qualquer acórdão que apresente requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico.

Para a interposição de RE, como condição de admissibilidade, é necessário que o recorrente demonstre que a matéria discutida no caso é sujeita ao reconhecimento de repercussão geral (RG). O reconhecimento da RG pode ser declarado por maioria simples, ou seja, quatro votos são suficientes e as omissões computadas como votos a favor; porém, sua recusa é possível apenas mediante manifestação de dois terços dos membros do STF (art. 102, inc. III, § 3º da CRFB/1988).

O CPC repete o comando em seu art. 1.035, confirmando que para a interposição do RE é condição a RG, sob pena de não ser conhecido pelo STF. O artigo ainda determina o que se considera RG, sendo questões que extrapolem os interesses das partes processuais e que tragam relevância do ponto de vista social, econômico, jurídico ou político (§ 1º), possibilitando a apreciação pelo Tribunal (§ 2º). Essas exigências vêm da necessidade de limitar o volume de processos, produzindo um filtro do que realmente deverá receber apreciação da Suprema Corte brasileira em sede de RE.

Oportunamente, é importante citar que há previsão legal de hipóteses em que a RG já estará configurada: aquela decisão que vá contra súmula ou jurisprudência dominante do STF ou que tenha reconhecido que um tratado ou lei federal padece de inconstitucionalidade (art. 1.035, §3º, incs. I e III). Presume-se, também, RG quando se tratar de interpretação de dispositivo constitucional pelo STF em súmula ou jurisprudência dominante. O artigo 982 do CPC estabelece no §3º a possibilidade de se requerer que todos os processos individuais ou coletivos em curso sejam suspensos no território nacional sobre a mesma matéria que está sendo apreciado o recurso extraordinário. Diz-se que o recurso extraordinário possui efeito suspensivo por presumir a RG da questão constitucional eventualmente discutida (art. 987,

§1º do CPC) e a tese resultante será aplicada aos demais processos em todo território nacional sobre a mesma questão (art. 987, §2º do CPC).

Após a lição, nos moldes práticos, entende-se que é do acórdão que se retiram os requisitos necessários para cogitar a interposição de recuso extraordinário. Nos casos que serão analisados, será possível identificar nas alegações dos recorrentes e nos votos dos relatores dos recursos os argumentos que levam aos requisitos da RG e da ofensa à Constituição.

O STF irá apreciar a questão de direito, que se relacione à maneira de como é interpretada e aplicada a nossa Constituição; não haverá, portanto, análise da questão de fato numa hipótese de RE. A questão de fato terá sido debatida anteriormente no Tribunal *a quo*⁵.

O entendimento sumulado do STF (súmula 279) é o não cabimento de RE para simples reexame de prova. A súmula nº 456 consolida a cognição firmando que o STF julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

Outro ponto a considerar é a presença de prequestionamento, ou seja, que a questão a ser levada a extraordinário tenha sido debatida, o que ocorrerá no tribunal que proferiu a sentença indesejada pelo autor. É válida a provocação de pronunciamento do tribunal por meio de embargos de declaração⁶, suprimindo o requisito do prequestionamento⁷.

Consta no art. 1.035, § 4º do CPC que na análise de repercussão geral, poderá ser admitida pelo relator a manifestação de terceiros, desde que subscrita por procurador habilitado. Trata-se do *amicus curiae*⁸, figura processual já admitida em sede de controle abstrato de constitucionalidade, agora também aceito no controle difuso⁹.

⁵ Tribunal *a quo* é aquele que proferiu a decisão recorrida e *ad quem*, o tribunal ao qual o recurso se destina.

⁶ Art. 1.022 do CPC. “Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material”.

⁷ Art. 1.025 do CPC. “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

⁸ Pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, segundo o artigo 138 do CPC.

⁹ Controle abstrato de constitucionalidade é aquele realizado em tese, enquanto que o controle difuso é aquele realizado por juiz no caso concreto, de forma incidental.

Revista Jurídica http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Juridica/v.25, n.1, jan. - jun. 2023. 1-17. DOI:https://Doi.org/10.29248/2236-5788. 2023.v.1 – p.1–17.

3.1 Recurso sobre o direito de transexual ser tratado conforme identidade de gênero e a polêmica em torno dos banheiros públicos

Em 2014, apenas dois meses após o reconhecimento de RG do tema 761 que iniciou o julgamento do RE 670.422, o STF, decidiu pela existência de RG no tema do direito de o transexual ser tratado socialmente conforme sua identidade sexual.

A polêmica teve origem no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), que entendeu não ter ocorrido dano moral contra a transexual que tentou utilizar banheiro feminino em um *shopping* localizado em Florianópolis, sendo interrompida por um funcionário do estabelecimento. O valor da indenização alcançada após sentença em primeiro grau foi de R\$ 15.000,00. Levada a lide ao TJSC, este entendeu ter sido “mero dissabor”.

O RE foi protocolado com alegações baseadas nos artigos constitucionais 1º, inc. III, apontando a violação ao princípio da dignidade humana; art. 5º, incs. V, X, XXXII, LIV e LV direcionando para a indenização por dano moral, a violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, a defesa do consumidor, o devido processo legal e a garantia ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. A recorrente justifica a relevância jurídica e social do tema por envolver reconhecimento do direito a uma vida digna a indivíduo integrante de uma minoria. O plenário virtual da corte reconheceu RG do tema 778, que se refere à possibilidade de uma pessoa, levados em conta os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada na sociedade por seus pares como se fosse de sexo diverso daquele que se identifica e se apresenta publicamente.

O relator do RE 845.779, ministro Roberto Barroso, ao construir tese para a RG, avaliou o desconforto causado pela presença de mulher transexual em banheiro feminino, mas sopesou o sofrimento dessa pessoa ao ter que ingressar num banheiro masculino. Barroso, então, propôs para a RG a seguinte tese “os transexuais têm o direito a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público” (BRASIL, 2014, s.p.).

No reconhecimento pela RG, a manifestação foi pelo afastamento da súmula 279 já mencionada nesse capítulo; nesse recurso, o que se busca não é discutir o fato - o

impedimento de entrada no banheiro feminino. Não se quer discutir fato que é incontroverso, mas o mérito desse ato, considerando um ato discriminatório.

Numa breve análise do que foi visto até aqui, retomando a ideia do ativismo judicial bordado pelo STF em tantos aspectos da nossa sociedade, conclui-se que o uso do banheiro público de maneira diversa da qual nós fazemos atualmente poderá, com o auxílio da RG e jurídica que caracterizam decisões do STF, ser modificado, de maneira quase imediata, como uma lição popular de um novo costume que nasce. Afinal, o uso de banheiro por distinção de sexo é um costume e não uma norma.

Até meados de junho de 2020, não teve julgamento concluído o RE 845.779, em que se discute, conforme a CRFB/1988, se abordar transexual para utilizar banheiro do mesmo sexo com o qual se identifica configura ofensa aos direitos da personalidade, passível de indenização a título de dano moral.

4 A TRANSFOBIA COMO CRIME DE RACISMO

Em junho de 2019, por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, relatada pelo Ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, que teve por relator o Ministro Edson Fachin, o STF reconheceu a omissão do Congresso Nacional por não ter ainda editado uma lei que tornasse crime os atos de homofobia e de transfobia.

Em uma breve análise da Lei 7.716/1989, cumpre mencionar que seu art. 1º estabelece a punição de crimes resultantes de “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (BRASIL, 1989, s.p.). O art. 20 do precitado diploma legal traz, inclusive, previsão de pena, de um a três anos e multa, àquele que praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito pelos mesmos motivos elencados no já reportado art. 1º.

O MI 4733, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), bem como a ADO 26, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), utilizaram-se do disposto no art. 5º¹⁰ da CRFB/1988 para desenvolver suas argumentações.

¹⁰ Art. 5º da CRFB/1988. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLI – a lei punirá
Revista Jurídica http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Juridica/v.25, n.1, jan. - jun. 2023. 1-17. DOI:<https://Doi.org/10.29248/2236-5788>. 2023.v.1 – p.1–17.

Ocorre que, muito embora diversas condutas discriminatórias já sejam punidas pela Lei 7.716/1989, ainda havia omissão no tocante à homofobia e transfobia.

O MI 4733, por maioria, foi julgado procedente para o fim de:

a) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional; e b) aplicar, 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 (BRASIL, 2019, s.p.).

Concernente à ADO 26, a Suprema Corte, também por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, com eficácia geral e efeito vinculante, para a finalidade de reconhecer que a demora em aprovar uma legislação que criminalize a violência contra pessoas pertencentes ao grupo LGBT, padecia de inconstitucionalidade.

A retroatividade da interpretação foi afastada, passando os efeitos *erga omnes* e vinculantes a incidirem somente a partir da publicação do julgamento.

Para o Ministro Alexandre de Moraes, que acompanhou o ministro relator no sentido de conhecer parcialmente a ação, julgando-a parcialmente procedente, a aplicação da Lei 7.716/1989 às condutas homofóbicas e transfóbicas não se trata de aplicação analógica das normas, mas sim de interpretação em conformidade com a CRFB/1988:

Na presente hipótese, consequentemente, está presente o necessário “espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas”, uma vez que a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade; mas estende a proibição a quaisquer outras formas de discriminação, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e efetivada pela aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entre elas, os incs. XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal. Dessa maneira, é possível a utilização da interpretação conforme para garantir a supremacia incondicional do texto constitucional em relação a todo ordenamento jurídico e sua força normativa inquestionável, com a reafirmação de coercibilidade jurídica dos incs. XLI e XLII do art. 5º da CF, e possibilidade de punição criminal de condutas discriminatórias e desrespeitosas aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT (condutas homofóbicas e transfóbicas) (BRASIL, 2019, s.p.).

qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Revista Jurídica http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Juridica/v.25, n.1, jan. - jun. 2023. 1-17. DOI:<https://doi.org/10.29248/2236-5788>. 2023.v.1 – p.1–17.

O entendimento majoritário prezou, portanto, por uma interpretação em conformidade ao texto constitucional, destacando não se tratar de aplicação analógica da Lei 7.716/1989 às condutas homofóbicas e transfóbicas, e sim da subsunção de tais comportamentos a preceitos primários de incriminação já definidos em legislação penal, dado à concretude de natureza racista, compreendidas em sua dimensão social, o intitulado, a saber, racismo social. A liberdade religiosa foi preservada, ao passo em que se ressaltou a impossibilidade de restrição ou extinção da liberdade de consciência e de crença, bem como da interferência em celebrações litúrgicas ou na liberdade de palavra, desde que não caracterizado, em tais práticas, o discurso de ódio.

4.1 As ações no Supremo Tribunal Federal perante omissão legislativa

A omissão do legislador diante do seu papel de regulamentar normas indispensáveis para a utilização de prerrogativas constitucionais ataca a essência do direito previsto no dispositivo carente de prescrição, revelando o fenômeno da “síndrome da inefetividade das normas” (LENZA, 2014, p. 414).

O constituinte previu mecanismos para garantir a eficácia plena dos preceitos constitucionais porque, quando ausentes os meios de implementá-los, os direitos garantidos pela Constituição acabam prejudicados, lesando o mínimo existencial dos indivíduos.

O MI e a ADO são soluções judiciais cabíveis para prover a ineficácia das normas constitucionais causada pela insuficiência normativa, seja por omissão do Poder Legislativo, quando se trata de uma lei, seja por omissão de órgão administrativo, quando um ato normativo.

O STF frequentemente é provocado a decidir sobre questões dessa natureza, cumprindo o mandamento constitucional sobre a sua competência:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (BRASIL, 1988, s.p.).

Ao longo dos anos, entre umas ações e outras, vem à tona o questionamento sobre o limite das atividades do STF no tocante às decisões levadas pelas vias de MI e ADO. Entram *Revista Jurídica* http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Juridica/v.25, n.1, jan. - jun. 2023. 1-17. DOI:<https://Doi.org/10.29248/2236-5788. 2023.v.1 – p.1–17>.

em cena os significados de Ativismo judicial e Judicialização, como se a cúpula do Poder Judiciário Brasileiro buscasse nesses institutos aceitabilidade para apreender atividades próprias dos demais Poderes.

O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Pessoalmente, acho que o modelo tem nos servido bem (BARROSO, 2009, p. 13).

O Poder Judiciário deve, se atendidos os requisitos, realizar o controle de constitucionalidade da norma tendo em vista a guarda da Carta Magna porque nela está prevista no art. 102, caput, a função primordial do STF, qual seja a de guarda da Constituição. Esse controle pode ser realizado por duas vias: a via difusa e a via concentrada. Pela via incidental, também conhecida como controle difuso, aberto ou por via de exceção, o controle é realizado diante de situações concretas. Nas diversas instâncias, os magistrados se isentam de aplicar determinada lei por entenderem a sua incompatibilidade com a CRFB/1988; trata-se de incidente prejudicial do processo que envolve exclusivamente interesse pessoal do autor.

Já no controle concentrado, chamado, também, de controle pela via principal, quando realizado, tomando como parâmetro a Constituição Federal, cabe exclusivamente ao STF. Por isso chamado de via abstrata, já que não se trata de preservar interesse pessoal, mas o interesse de uma coletividade, retirando ou mantendo determinada norma, verificada sua compatibilidade com a CRFB/1988. Para que seja apreciada pelo STF, a ação de controle pela via abstrata precisa ser proposta por legitimados determinados pela CRFB/1988 em seu art. 103. Esses legitimados ativos estão divididos entre os Especiais, que necessitam comprovar o seu interesse de agir (pertinência temática) e os Universais, dentre eles os partidos políticos com representação por pelo menos um parlamentar no Congresso Nacional, seja senador ou deputado federal.

Vale ressaltar que o art. 97 da CRFB/1988 revela o que se chama de Cláusula de Reserva de Plenário, que vem a ser a demonstração de que há uma presunção de constitucionalidade das leis e essa só pode ser contrariada por voto da maioria absoluta dos

integrantes de um Tribunal ou por voto da maioria absoluta dos integrantes de seu órgão especial, for declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público.

Os processos objetivos podem ocorrer por quatro ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

Sobre soluções judiciais possíveis para a omissão do legislador, além da ADO, cabe, também, ao STF, nos termos do art. 102, inc. I, q da CRFB/1988 processar e julgar o MI quando:

[...] a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988, s.p.).

Essas são as atribuições que estão diretamente relacionadas com a questão aqui debatida ao abordar o julgamento da ADO 26 e do MI 4733.

A ADO é uma ação de controle abstrato, cujo objetivo é resguardar a supremacia da Constituição, e, num processo objetivo, busca a declaração de inconstitucionalidade de norma diante da falta de sua regulamentação. O processo e o julgamento da ADO é disciplinado pela Lei nº 9.868/1999, sua previsão constitucional está no art. 103, § 2º da CRFB/1988.

A propositura da ADO, quando há demora na tramitação de norma regulamentadora, é legítima. Porém, declarada a inconstitucionalidade, o STF não poderá impor ao Congresso Nacional prazo, mas apenas dar-lhe ciência para adoção de medidas; no caso de omissão por órgão administrativo na edição de ato normativo, o prazo será de trinta dias.

Por seu termo, o MI é um remédio constitucional previsto no art. 5º, LXXI da CRFB/88 para combater a inefetividade das normas contidas na Constituição, “sempre que a norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 1988, s.p.).

Disciplinado pela Lei 13.300/2016, o MI cabe especificamente para ações subjetivas, logo, corre pela via difusa, podendo ser impetrada por qualquer pessoa que, por falta de norma regulamentadora, vê prejudicado o exercício de seu direito; no entanto, quando em sua natureza coletiva, o MI pode ser impetrado por partido político que conte com representação

no Congresso Nacional, por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e que esteja em funcionamento por período superior a um ano, além do Ministério Público e da Defensoria Pública. Destaque-se, no entanto, que não há que se confundir MI com ADO.

O mandado de injunção não tem por objecto uma pretensão a uma emanção, a cargo do juiz, de uma regulação legal complementadora com eficácia ‘erga omnes’. O mandado de injunção apenas viabiliza, num caso concreto, o exercício de um direito ou liberdade constitucional perturbado pela falta parcial de lei regulamentadora. Se a sentença judicial pretendesse ser uma norma com valor de lei ela seria nula (inexistente) por usurpação de poderes (CANOTILHO, 1993, p. 88).

Essencialmente, a finalidade da ADO é defender toda norma constitucional cuja eficácia seja limitada à regulamentação, enquanto o MI busca a defesa de direitos fundamentais inviabilizados por falta de normatização.

No tocante aos efeitos da decisão de MI, é possível perceber uma mudança de posicionamento do STF com o passar dos tempos. No passado, a tese não concretista predominava na Corte. Por essa tese, o MI era instituto meramente declaratório, devendo o STF apenas recomendar a elaboração da norma, como conferida no julgamento do MI 107/DF, observada pelo Ministro Celso de Mello, relator no MI 715/DF:

A jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do MI 107/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES (RTJ 133/11), fixou-se no sentido de proclamar que a finalidade, a ser alcançada pela via do mandado de injunção, resume-se à mera declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser meramente comunicada ao órgão estatal inadimplente, para que este promova a integração normativa do dispositivo constitucional invocado como fundamento do direito titularizado pelo impetrante do “writ”. Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica para a qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum (BRASIL, 2005, s.p.).

Porém, em 2007, o STF inaugurou a tese concretista geral, no julgamento dos MIs 670, 708 e 712, ajuizados por sindicatos de servidores públicos que buscavam garantir o direito de greve para seus filiados, além de reclamarem da omissão legislativa por parte do

Congresso Nacional que negligenciou o tratamento da matéria, conforme determina o art. 37, inc. VII, da CRFB/1988. Nos três julgamentos foi declarada a omissão do Legislativo e aplicação, por analogia, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos. Na ocasião, o Ministro Celso de Mello manifestou o seguinte:

[...] não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis - a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República (BRASIL, 2007, s.p.).

Defendeu a forma como os ministros abordaram o tema:

[...] não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis (BRASIL, 2007, s.p.).

Pode-se conferir, portanto, uma mudança significativa no posicionamento do STF quanto aos efeitos dos mandados de injunção, ao fazer uso de analogia para a concretização de direitos e aplicabilidade *erga omnes*.

Finalmente, em 2016, a Lei nº 13.300 veio autenticar o posicionamento do STF, conforme o texto do art. 9º:

A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. § 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. § 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator (BRASIL, 2016, s.p.).

Sobre os efeitos da ADO, parte da doutrina leciona que o texto constitucional disse menos do que deveria dizer, assumindo que a solução deve ser baseada numa corrente concretista (SOARES, 2013)

Destarte, fica claro que a ADO e o MI são instrumentos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de rejeitar veementemente a violação à Constituição no

sentido negativo, ou seja, afastando a ofensa de deixar de cumprir aquilo que a Constituição ordena.

5 CONCLUSÃO

A utilização apenas do direito elaborado pelo Poder Legislativo somente poderia ocorrer se os problemas jurídicos fossem adequadamente solucionados, se os interesses fossem considerados corretamente e os ideais de justiça respeitados. Por isso, limitar o fenômeno jurídico apenas aos comandos legislativos é, no mínimo, perigoso, embora tenhamos que reconhecer que a ampliação da proteção normativa, especialmente com a consagração legislativa de princípios, passe a falsa impressão de que podemos restringir o Direito ao ordenamento jurídico estatal, ao que está posto ou foi positivado pelo Estado.

A vinculação do Direito ao Estado, mesmo havendo mecanismos de abertura cognitiva, é, em última análise, uma postura positivista. Portanto, está submetida a modificações que possam ser efetuadas na ordem jurídica pelo legislador e não garante um conteúdo mínimo para o ordenamento jurídico.

É por isso que é imprescindível que o juiz também possa inovar o ordenamento jurídico quando essa postura for indispensável, sobretudo quando a matéria em discussão é fundamental para o interesse da sociedade e a proteção legislativa é insuficiente, inexistente ou injusta.

Portanto, além do direito elaborado pelo legislador, meramente estático, deve ser reconhecida a existência do direito do juiz, um direito dinâmico, que consiste numa válvula de segurança para a tutela de interesses e valores que não receberam adequado tratamento legislativo, tal como ocorreu com a transfobia, que por força de decisão do STF passou a ser considerada crime racismo. Desse modo, os magistrados também podem exercer uma posição ativa, inovando o ordenamento jurídico, desde que o seu comportamento seja imprescindível no caso concreto.

Da mesma forma, não há como afastar a construção judicial do direito, uma vez que o suporte para a decisão judicial é extraído do próprio ordenamento jurídico, embora a leitura que seja feita de um comando normativo possa fugir à visão tradicional a respeito do assunto.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

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.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 novembro 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 jan. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 28 novembro 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 28 novembro 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.300 de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 jun. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em 28 novembro 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 670.422**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 11.09.2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4192182>. Acesso em: 28 novembro 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 845.779**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgado em: 13.11.2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657292&numeroProcesso=845779&classeProcesso=RE&numeroTema=778>. Acesso em: 28 novembro 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 778**. Julgada em 10.03.2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4192182&numeroProcesso=670422&classeProcesso=RE&numeroTema=761>. Acesso em: 28 novembro 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 13.06.2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 28 novembro 2022.

Revista Jurídica http://revistas.unievangelica.edu.br/Revista_Juridica/v.25, n.1, jan. - jun. 2023. 1-17. DOI:<https://doi.org/10.29248/2236-5788>. 2023.v.1 – p.1–17.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 715/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 2005. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-abr-14/leia_voto_celso_mello_mandado_injuncao?pagina=5. Acesso em: 28 novembro 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733**. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em: 13/06/2019. Tribunal Pleno. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 28 novembro 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 926 a 1.072. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos: o Direito à emanção de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas. In: GRINOVER, Ana Pellegrini; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As **Garantias do Cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 88.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.