



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

CAROLINA DE OLIVEIRA MIRANDA

**ENTRE ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO: A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

**BRASÍLIA – DF
2019**

ENTRE ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO: A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

CAROLINA DE OLIVEIRA MIRANDA

Artigo científico apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Luciana Musse Barbosa

**BRASÍLIA – DF
2019**

ENTRE ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO: A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

CAROLINA DE OLIVEIRA MIRANDA

Artigo científico apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof^a Dra. Luciana Barbosa Musse

Brasília, ____ de _____ de 2019.

BANCA AVALIADORA

Professora Luciana Barbosa Musse, Dra.

Professor Avaliador

RESUMO

Esse trabalho tem como objetivo realizar uma análise aos critérios que fundamentaram o voto do Ministro Relator na ADO 26. Assim, o texto estabelece a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política e das relações sociais. Como metodologia, foi empregado o método dedutivo e a análise de conteúdo do voto. Em conclusão, são demonstrados os motivos pelos quais esse voto pode ser considerado ativista, fazendo uma análise dos riscos democráticos de posturas judiciais como esta. Desse modo, o artigo além de realizar as distinções entre ambos os fenômenos, traz também um caso prático que contribui para melhor esclarecimento da distinção e aplicação do conceito teórico. Trata-se de trabalho relevante para o contexto jurídico atual, por se tratar da atuação do Poder Judiciário na democracia brasileira. Dessa forma, há originalidade na maneira em que foi realizada a distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política e das relações sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização. Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal. Omissão legislativa.

Lista de abreviações

ADI – Ação de Declaração de Inconstitucionalidade

ADINS – Ações de Declaração de Inconstitucionalidades

ADO – Ação de Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

MI – Mandado de Injunção

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

Introdução – 1- O protagonismo do poder judiciário na contemporaneidade: entre judicialização da política e ativismo judicial – 1.1- Judicialização da política e das relações sociais – 2- O ativismo judicial nos casos de omissão legislativa – 3- Análise do voto do ministro relator da ADO n. 26 – Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário Brasileiro se tornou mais acessível e a população começou a usar com frequência essa ferramenta, em busca da satisfação dos seus direitos. Assim, diversos temas sociais e políticos começaram a chegar até as mãos dos magistrados. A esse fenômeno se dá o nome de: judicialização.

O Supremo Tribunal Federal, após 1988, ganhou uma nova roupagem e uma maior abrangência de atuação, com competências originária e recursal. Essa primeira, através do controle de constitucionalidade que colabora com a democracia. O segundo é por meio de recursos, uma vez que a Constituição abarcou diversos temas fazendo com que todos eles pudessem chegar até a Corte que é a guardiã da Constituição.

Com isso, a Suprema Corte brasileira tem resolvido diversos temas, muitos deles casos bem complexos, denominados difíceis, utilizando da prática interpretativa, fazendo com que haja uma ampliação dos significados e do alcance das normas constitucionais. Ao desempenharem essa tarefa, os ministros podem extrapolar os limites institucionais do Poder Judiciário e do próprio Supremo Tribunal Federal e a essa atitude dá-se o nome de: ativismo judicial.

Esse artigo tem por finalidade refletir brevemente os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, por intermédio do método dedutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental (legislação e decisão judicial), bem como pesquisa qualitativa e análise de conteúdo do voto do relator da Ação de Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão número 26. Dessa forma, o texto foi dividido em três partes. Na primeira sessão abordar-se-á os conceitos de judicialização e ativismo judicial. Na segunda sessão, o fenômeno do ativismo judicial é analisado nos casos de omissão legislativa. Na terceira sessão será analisado o voto do ministro relator da ADO n. 26, buscando analisar se há ativismo e, se sim, se é bem compreendido ou mal compreendido, conforme classificação proposta por Luíz Werneck Vianna.

Por fim, nas considerações finais fica claro que hoje, a população de um modo geral, tem buscado o Poder Judiciário como única forma de acesso à justiça. Entretanto, isso tem feito com que a população passe a pressionar o judiciário ao invés de assim fazer no legislativo, instituição em que se encontram aqueles eleitos pelo povo. Assim, fica a cargo de 11 ministros, sem representação popular, o poder de decidir sobre matérias complexas e de significativo impacto social e político, os denominados casos difíceis.

1 O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONTEMPORANEIDADE: ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

O processo de judicialização fez com que a sociedade se aproximasse do Poder Judiciário. O que levou diversos temas sociais e políticos para a esfera jurisdicional. Isso, por consequência, resultou na expansão do Poder Judiciário brasileiro e sendo ele palco para a garantia de direitos sociais.

Contudo, à medida que as novas demandas vão chegando ao Judiciário, decisões a seu respeito tem que ser proferidas por um juiz. Este magistrado está regido pelo princípio da fundamentação, que lhe impõe o dever de justificar de forma legal cada decisão que proferir de acordo com o seu livre convencimento.¹

Entretanto, a relação social é complexa e mutável, o que faz com que algumas demandas que chegam ao órgão jurisdicional estejam em colisão de

¹ De acordo com Ronaldo João Roth e Sylvia Helena Ono em seu artigo *A livre convicção motivada no novo código de processo civil* há uma polêmica sobre a supressão ou não do livre convicção motivada do juiz. No sistema vigente no ordenamento brasileiro – criminal e cível – o sistema do livre convencimento motivado o juiz forma sua convicção diante da prova dos autos e explicita suas razões de assim decidir, fundamentando-a. Esse sistema encontra perfeita harmonia com a Constituição Federal de 1988, o que lhe confere garantia constitucional e processual, no Estado Democrático de Direito, e ainda há o direito de as partes recorrerem da decisão. Além do mais, o legislador foi contundente ao prevendo expressamente que quando houver uma decisão não fundamentada esta estará sob pena de nulidade (§ 1º do artigo 489 do novo CPC). Então, a sistemática do CPC/2015 manteve o sistema da livre convicção motivada do juiz nos vários dispositivos legais, de forma que a tentativa de se abolir o referido sistema - não renovar a regra explícita do artigo 131 do revogado CPC e suprimindo a palavra “livremente” nos atuais dispositivos processuais que tratam da apreciação das provas pelo juiz, artigo 371 do CPC/2015 que corresponde ao artigo 131 do antigo CPC - não é suficiente, para se chegar à conclusão da sua extinção. Todavia, a liberdade do juiz na apreciação, contextualização e interpretação – dos fatos e do direito – ainda é a matéria-prima mais valiosa no Estado Democrático de Direito e na garantia e aplicação dos Direitos Humanos. Ao ver desses autores persiste no CPC/2015 a liberdade do juiz na prestação jurisdicional, por meio do livre convencimento motivado.

direitos e princípios que são protegidos pela Constituição. Esses casos Dworkin² denomina como *hard cases*, pois não há uma solução no ordenamento jurídico, ela precisa ser construída argumentativamente pelo magistrado.

Assim, nessa possibilidade de construção argumentativa dos magistrados, nos casos específicos, é que nasce o ativismo judicial. Ativismo esse segundo Luís Roberto Barroso³ é: “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” Expandindo seu sentido e alcance para garantir e reconhecer direitos, isso seria o ativismo legítimo, mas há casos que são de retirada de direitos, o que caracteriza o ativismo ilegítimo⁴.

Em suma, se pode compreender que com aproximação do Poder Judiciário e da sociedade, grandes questões morais, sociais e políticas vem sendo solucionadas por este poder. Esse fenômeno é conhecido como judicialização da política e das relações sociais, que por consequência, desenvolve o aparecimento do ativismo judicial, por fazer com que atividade do juiz se estenda. Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁵ relata essa relação muito bem: “Essa transferência de poder decisório corresponde a uma das facetas da judicialização da política; a outra refere-se à extensão dos argumentos e métodos de decisão judicial aos outros centros políticos de decisão”.

² Segundo Dworkin, em seu livro “Levando os direitos à sério”, ele diz que não pode ocorrer a irretroatividade da norma jurídica para a solução de casos difíceis, deve ser aplicado o direito existente, assim explica: “A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato”. Dessa forma, ele propõe que haja uma relação entre direito, princípios, moral, política e economia para que haja a solução de um *hard case*.

³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, ISSN 22363475, jan./jun. 2012. p. 11.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018, p. 2183.

⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O ativismo judicial contemporâneo no Supremo Tribunal Federal e nas cortes estrangeiras. In: SEMANA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, 10., 2015. *Ata*. Fortaleza, 2015. p. 8.

1.1 Judicialização da política e das relações sociais

Segundo Luís Roberto Barroso⁶, a judicialização é o fenômeno no qual questões de relevância política ou social ao invés de serem decididas pelo Poder Legislativo, Congresso Nacional, e pelo Poder Executivo, administração pública em geral, estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, pelos juízes e tribunais. Luiz Werneck Vianna⁷ diz que esse fenômeno não é atual e nem exclusivo do Brasil, mas foi em decorrência da crise do *Welfare State*, na década de 70, que os juízes começaram a ocupar os lugares dos que regulam a sociedade através da política.

“O *boom* da litigação, desde então, é um fenômeno mundial, convertendo a agenda do acesso à Justiça em política pública de primeira grandeza. Esse movimento, no seu significado e envergadura, encontrará antenas sensíveis nas instituições da democracia política, em particular no sistema da representação. [...] Por meio de suas iniciativas, a Justiça se torna capilar, avizinhandose da população com a criação de juizados de pequenas causas, mais ágeis e menos burocratizados. A institucionalização das *class actions* generaliza-se, instalando o juiz, por provocação de agências da sociedade civil, no lugar estratégico das tomadas de decisão em matéria de políticas públicas, e a malha protetora do judiciário amplia-se mais ainda com a legislação dos direitos do consumidor.”⁸

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a perspectiva democrática fez com que o direito se aproximasse da vida social. Além de serem também reconhecidos novos sujeitos de direito, o que levou a aproximação do Estado e a sociedade, graças às lutas sociais por direitos. Com isso houve a inserção na Lei Maior dos direitos sociais, com a positivação dos direitos fundamentais, surgindo uma concepção de justiça inserida no direito e do judiciário na política, passando este a efetivar os tais direitos⁹.

“O Judiciário não pode deixar de julgar casos de direitos em que é chamado a decidir, portanto, judicialização da política faz parte do rearranjo institucional que a democracia exige para que os direitos sejam respeitados.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis: Caderno do Centro de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 23-32, ISSN 2358-4130, semestral. 2012.

⁷ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de sociologia da USP*. São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007.

⁸ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de sociologia da USP*. São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007, p. 40-41.

⁹ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 15-22.

Mas, apesar de ser necessário o julgamento do Judiciário, esse não pode substituir “a arena pública de deliberação e formação da vontade pública institucionalizada”¹⁰.

Dessa forma, Vianna, Burgos e Salles¹¹ entendem que a judicialização no Brasil é uma possível consequência do modelo institucional do controle abstrato de constitucionalidade que é adotado. O qual utiliza de uma “comunidade de intérpretes”, os membros do Supremo Tribunal Federal, para facilitar o debate de temas que foram promulgados pela Constituição. E de acordo com Peter Häberle¹², esses intérpretes que estão na Corte Constitucional não de interpretar a Constituição segundo a atualização pública.

O controle abstrato de constitucionalidade se baseia, também, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, processado e julgado no Supremo Tribunal Federal, por ter como paradigma a Constituição Federal, de acordo com o artigo 102, I, desta Carta. É controle abstrato, pois não há caso concreto que embase a sua interposição. Sua finalidade é proteger o ordenamento jurídico, para que não haja nenhum elemento incompatível com o escrito na Constituição¹³. Seus legitimados estão dispostos no artigo 103 da Constituição e por serem variados os sujeitos a consequência disto é uma aproximação das questões políticas com o Poder Judiciário.

Este trabalho analisará uma decisão de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que também é um meio de controle de constitucionalidade, que está disposto na Constituição no artigo 103, §2º, e na Lei 9.868/99 desde 2009. Essa ação tem como finalidade o julgamento de uma omissão total ou parcial inconstitucional causada pelo Poder Legislativo ou pela Administração pública. Seus legitimados são os mesmos da ADI e estão dispostos no artigo 103 da Constituição.

¹⁰ SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinicius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista brasileira de políticas públicas*. Brasília, v. 5, n. especial, semestral. 2015.p. 176.

¹¹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de sociologia da USP*. São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007.

¹² HÄBERLE, Peter. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição* – Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, Bem Como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional. *Direito Público*, [S.l.], v. 4, n. 18, p. 67, jan. 2010.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155-157.

Para Luiz Werneck Vianna¹⁴, em seu livro *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, em que foi feita uma análise de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs) de 1988 a 1998 e demonstrada que, nesse período de tempo, a judicialização da política se deu por questões relacionadas à organização do Estado no âmbito do mérito administrativo e seus limites. Nesta delimitação temporal, o Brasil estava vivendo um momento em que o Poder Executivo estava ativamente legislando com medidas provisórias e, para ter o combate a isso, os partidos políticos de minoria no Congresso Nacional, os de esquerda, provocavam o Poder Judiciário para limitar essa prática, atuando como um mediador entre o Legislativo e o Executivo.

Já a judicialização das relações sociais se deu com a criação dos Juizados de Especiais Cíveis e Criminais, já que neste instituto há uma efetivação pelo Judiciário de direitos que substitui a implementação de políticas públicas feitas pelo Estado. Assim, o juiz se torna protagonista na defesa de direitos de questões sociais.¹⁵

Com os Juizados Especiais, a população tem o acesso ao judiciário facilitado, e as demandas sociais começam a chegar até os magistrados. Estes, por sua vez, não podem se abster do dever de julgar e decidir estas questões, o que aproxima o direito da sociedade brasileira.

“Com os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, aquele Poder tem sido exposto à questões social em sua expressão bruta, tomando conhecimento dos dramas vividos pelos segmentos mais pobres da população, dos seus clamores e expectativas em relação à justiça. Os juízes dos Juizados estão, por isso, independentemente da compreensão que possam ter acerca das suas novas circunstâncias e atribuições, em posição de potenciais “engenheiros” da organização social, papel cujo desempenho dependerá dos nexos que lograrem estabelecer com outras agências da sociedade civil e da sua capacidade como *institutional-builders*. Na verdade, os Juizados Especiais são o reduto da “invenção” social e institucional do juiz”.¹⁶

¹⁴ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

¹⁵ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de sociologia da USP*. São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007, p. 2-3.

¹⁶ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 155.

Assim, para Luiz Werneck Vianna¹⁷, a judicialização da política se dá por meio da possibilidade da propositura de ADINs, enquanto a judicialização das relações sociais é em decorrência do acesso ao Poder Judiciário através dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Contudo, para Luís Roberto Barroso¹⁸, tanto a judicialização da política quanto das relações sociais são decorrências de três causas.

De acordo com Luís Roberto Barroso¹⁹, a primeira causa é a redemocratização do Brasil que deu força e aumentou a demanda do judiciário em busca de justiça na sociedade. A segunda causa é a abrangência da Constituição, que faz com que questões de políticas públicas elencadas na Carta de 1988 sejam elencadas como pretensões jurídicas. A terceira é o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro que é por demasiado abrangente, assim, muitas questões políticas ou morais podem ser levada ao Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto de vista é o de Vieira, Camargo e Silva²⁰, que delimitam a judicialização em três dimensões: a institucional, a sociológica e a lógico-argumentativa. Concordando com a visão do Luís Werneck Vianna quando se refere a perspectiva institucional, já que ambos defendem que há transferência do Poder Executivo e Legislativo ao Judiciário. Porém, Vieira, Camargo e Silva também divergem quanto à dimensão sociológica e lógico-argumentativa.

“De um ponto de vista institucional, a judicialização da política define-se como um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para os magistrados e tribunais, que passam, dentre outros temas controversos, a revisar e implementar políticas públicas e rever as regras do jogo democrático. A partir de um enfoque mais sociológico, a judicialização das relações sociais ressalta o surgimento do Judiciário como uma “alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação

¹⁷ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 155.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis: Caderno do Centro de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 23-32, ISSN 2358-4130, semestral. 2012.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis: Caderno do Centro de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 23-32, ISSN 2358-4130, semestral. 2012.

²⁰ VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: FORUM DE GRUPO DE PESQUISA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DO DIREITO, 1., 2009, Rio de Janeiro. *Anais*. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, p. 40-50, 2009.

do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania”. Por último, segundo uma perspectiva lógico-argumentativa, a judicialização também significa a difusão das formas de argumentação e decisão tipicamente jurídicas para fóruns políticos, institucionais ou não, representando, assim, a completa domesticação da política e das relações sociais pela “linguagem dos direitos” e, sobretudo, pelo discurso constitucional.²¹

Assim, Vieira, Camargo e Silva concordam com Luiz Werneck Vianna quanto a perspectiva institucional em que a judicialização da política é a transferência dos Poderes Executivo e Legislativo para os órgãos jurisdicionais. E divergem quanto à perspectiva sociológica, sendo esta uma forma de agregar a sociedade.

Outro ponto de vista diferente dos anteriormente expostos é o da Thamy Progresbinschi²², que demonstra em seu trabalho que a judicialização é um modo aperfeiçoar o que o Poder Legislativo produz, ao passo que fortalece a representação política, revigorando a democracia. Isso se dá, pois, o STF convalida com a vontade majoritária do Congresso, reforçando-a e contribuindo para a democracia representativa no Brasil e não avançando sobre espaços do Legislativo e do Executivo.

Sendo então, diante de diversos olhares para o mesmo tema, há de se levar em consideração que há um consenso entre eles: a judicialização é um fenômeno inevitável e não depende da vontade dos juízes. O fato da ampliação do acesso aos tribunais gerou uma maior demanda neles, e entre elas a possibilidade de haver temas em que o ordenamento jurídico não contempla. Uma vez que a população tem a ilusão de que o acesso ao Poder Judiciário é o acesso à justiça. Deixando a cargo de o órgão jurisdicionado decidi-las.

1.2 Ativismo judicial

O termo “ativismo judicial” aparece a primeira vez nos Estados Unidos no ano de 1947, em um artigo de revista escrito por Arthur Schlesinger, que se referiu ao desempenho dos juízes da Suprema Corte americana para a promoção do bem-

²¹ VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: FORUM DE GRUPO DE PESQUISA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DO DIREITO, 1., 2009, Rio de Janeiro. *Anais*. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009, p. 40.

²² PROGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 10-13.

estar social. O qual intitulou quatro dos nove ministros de ativistas judiciais, por eles acreditarem que não há separação de política e a lei. Por outro lado, intitulou os outros três ministros de “campeões do autocomedimento”, pelo fato de eles entenderem que o Poder Judiciário está limitado a decidir e atuar de acordo com as regras do sistema²³.

No Brasil, essa temática vigora como a judicialização, a partir da promulgação da Constituição de 1988, que impulsionou uma atuação mais presente do magistrado na sociedade, um exemplo é a ampla possibilidade de utilização do controle de constitucionalidade.

Se, por um lado, a crescente judicialização das relações sociais é resultado do aumento de questões políticas que passaram a ser discutidas também em juízo, vemos, por outro lado, a pressão dos diversos processos de globalização culminar na complexização das relações sociais e na necessidade de se recorrer ao Judiciário para a resolução de conflitos que outrora eram resolvidos nas demais esferas da sociedade. Diante disso, o ativismo judicial nasce em um cenário de alto complexização social e conseqüente fragmentação das tradicionais estruturas “a-jurídicas” (como morais e religiosas, por exemplo) de resolução das controvérsias, de modo que podemos distinguir dois pressupostos fenomenológicos fundamentais ao ativismo judicial: reificação e judicialização; esta em uma perspectiva político-institucional, aquela em uma perspectiva sociológica.²⁴

Esse mesmo autor conclui que o juiz ativista atua com o fim de proteger os direitos fundamentais e garantir a supremacia da Constituição, no sentido positivo. Isso se dá através da interpretação e aplicação de conceitos e categorias jurídicas gerais e abstratas, que se necessário for, abrange competências institucionais dos outros Poderes. O problema dessa questão, segundo Anderson Teixeira, é que assim se substitui a vontade do criador da lei e da Constituição, pela vontade do intérprete²⁵.

Luiz Werneck Vianna compara os dois lados que o ativismo judicial pode ter:

O ativismo judicial, quando bem compreendido, estimula a emergência de institucionalidades vigorosas e democráticas e reforça a estabilização da nossa criativa arquitetura constitucional. Quando mal compreendido, entretanto, este ativismo é sempre propício à denúncia de um governo de juizes, de uma justiça de salvação, referida casuisticamente aos aspectos

²³ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. *Revista Direito Gv* 15. São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 39.

²⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. *Revista Direito Gv* 15. São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 40-41.

²⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. *Revista Direito Gv* 15. São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 48-49.

materiais em cada questão a ser julgada. Mal compreendido leva a concepções de uma justiça que abdica da defesa da integridade do Direito, tal como a conceituam, na esteira de Dworkin, Nonet e Selznick, e se torna, mesmo que em nome das melhores intenções, um instrumento do seu derruimento²⁶.

Já na visão de José Ribas Vieira²⁷, o ativismo judicial é uma atitude dos magistrados, ele diz que: o ativismo judicial é exercitado em contextos de inércia, deliberada ou não, dos demais poderes de Estado. Por outro lado, Thamy Pogrebinsch considera ativismo judicial quando o juiz usa seu poder para rever e contestar decisões dos demais Poderes; promover políticas públicas por meio de suas decisões; não considera como limites da sua atividade os princípios da coerência e da segurança jurídica²⁸.

Em sua obra *Judicialização ou Representação?* Pogrebinsch²⁹ analisa a relação entre o STF e o Congresso Nacional através das decisões de ADI impetradas do ano de 1988 e 2009 e defende que: o STF não sofre uma “dificuldade contramajoritária³⁰”, uma vez que o total de decisões que declararam leis ou atos normativos no Congresso Nacional inconstitucionais foi inexpressivo; ele reforça a vontade majoritária do Poder Legislativo, pois há um número expressivo de decisões que se abstiveram de apreciar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos; ele não ocupa o vácuo normativo deixado pelo Legislativo, já que há um número considerável de projetos de lei tramitando no Congresso Nacional; ele não enfraquece o Legislativo sobrestando suas decisões à vontade majoritária expressa pelo Congresso Nacional, pois quando há declaração de inconstitucionalidade de

²⁶ VANNA, Luiz Werneck. O Ativismo Judicial mal compreendido. *Boletim CEDES*. Rio de Janeiro, jul./ago. de 2008. Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/08julho%20agosto/Microsoft%20Word%20-%20ativismo%20judicial%20_formatado_.doc.pdf, p. 5.

²⁷ VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: FORUM DE GRUPO DE PESQUISA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DO DIREITO, 1., 2009, Rio de Janeiro. *Anais*. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, p. 40-50, 2009.

²⁸ SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. Biblioteca digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2010. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1) 1. p. 8.

²⁹ PROGREGINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

³⁰ De acordo com Luís Roberto Barroso, o papel contramajoritário é aquele que é feito pelo Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de proteger a democracia e os direitos fundamentais, no qual se declara inconstitucionalidade de leis e atos do Poder Executivo, sobrepondo a decisão dos ministros a dos representantes políticos majoritários.

uma norma, o Congresso promulga uma norma sobre o tema manifestado pelo STF, isso faz com que a agenda do Congresso seja impulsionada; e assim, o comportamento dessa Corte não é oposicionista ou governista; o STF usa da interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e modulação dos efeitos da decisão fazendo com que o trabalho do Poder Legislativo seja preservado, limitando os efeitos da sua decisão.

Lênio Streck, que discorda da doutrinadora anterior, diz que:

Em todos estes casos, o mais correto é dizer que não há como determinar a “bondade” ou a “maldade” de um determinado ativismo judicial. O mais correto é dizer que questões como essa que estamos analisando não devem ser deixadas para serem resolvidas pela “vontade de poder” (*Wille zur Macht*) do Poder Judiciário. Delegar tais questões ao Judiciário é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia (STRECK, 2009). Ou vamos admitir que o direito – produzido democraticamente – possa vir a ser corrigido por argumentações teleológicas-fáticas-e/ou-morais?³¹.

De acordo com Oscar Vilhena Vieira³²:

O STF está hoje no centro de nosso sistema político, fato que demonstra a fragilidade de nosso sistema representativo. Tal tribunal vem exercendo, ainda que subsidiariamente, o papel de criador de regras, acumulando a autoridade de intérprete da constituição com o exercício de poder legislativo, tradicionalmente exercido por poderes representativos.

Dessa forma, o ativismo judicial se vincula a atividade do Poder Judiciário, quando essa ultrapassa o limite da sua função típica e atípica e intervêm, por meio de interpretação ampla do texto Constitucional, nos demais poderes com suas funções típicas. Contudo, não quer dizer que essa atitude seja algo negativo ou mesmo positivo, mas mesmo que haja uma grande demanda do judiciário, o ativismo judicial ficará demonstrado no ato de fundamentação da decisão.

2 O ATIVISMO JUDICIAL NOS CASOS DE OMISSÃO LEGISLATIVA

Na sessão anterior foi apresentado o conceito breve de judicialização e ativismo judicial de acordo com alguns doutrinadores que por sua maioria estudaram

³¹ STRECK, Lênio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 1, n. 2, jul./dez. 2009.

³² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 4, n. 2, 2008, p. 441.

esses fenômenos em casos de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, mas pouco se tem relatos de casos de estudos de ativismo em Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão ou Mandado de Injunção.

Contudo, o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos³³ dedica parte de seu livro para explicar como esse fenômeno ocorre em omissão legislativa e quais suas consequências para o ordenamento jurídico brasileiro.

A omissão legislativa inconstitucional é a lacuna legislativa, fruto da inércia do legislador que não cumpre com a obrigação de fazer as leis que a Constituição determina. A obrigação constitucional e a inércia legislativa ligadas ao tempo demonstra que quanto mais longo for o tempo do não cumprimento do legislador, maior é o desprezo pela norma constitucional³⁴.

A consideração do fator tempo, sem dúvida, cumpriu papel fundamental na virada jurisprudencial do Supremo sobre a eficácia decisória do mandado de injunção. O transcurso de longo tempo de inércia legislativa se mostra para a atuação mais ativista do juiz constitucional na correção da omissão e minimiza críticas de ilegitimidade da postura de o juiz suprir diretamente a omissão legislativa insistente e duradoura³⁵.

Para Luís Roberto Barroso, o STF tem um papel chamado de representativo, que atua defendendo demandas sociais que não foram solucionadas pelo Poder Legislativo, assim como completam a ordem jurídica quando há omissão inconstitucional do legislador³⁶.

O Mandado de Injunção (MI) está disposto no artigo 5º, LXXI da Constituição Federal, como uma garantia fundamental, para que qualquer pessoa que por falta de norma regulamentadora tiver o exercício dos seus direitos e liberdades constitucionais inviáveis. Desse modo, esse instituto objetiva sanar a ineficácia dos dispositivos constitucionais que versem sobre esses direitos individuais, gerando efeito inter partes, na maioria das vezes. Ao passo que a Ação Direta de

³³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robortobarroso.pdf>. p. 6.

Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) objetiva a defesa da ordem jurídica, sendo esse um instituto do controle de constitucionalidade, o que gera um efeito erga omnes e vinculante. Contudo, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes, o STF não distinguia, quanto ao resultado, à natureza de ADI e ADO até 2008, somente em 2009 essa ação foi incluída na Lei 9.868/99 tendo seu instituto estabelecido.³⁷

A solução da omissão legislativa total em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção se tornou alvo de discussão no cenário jurídico brasileiro. Uma vez que não se sabe qual a extensão do poder decisório do STF entre superar a omissão legislativa e o limite democrático e institucional, segundo Kelsen³⁸, do legislativo negativo. Assim, a Suprema Corte brasileira decidiu que não poderia formular a norma faltante de forma direta a fim de preencher a lacuna deixada pela omissão legislativa total, tanto em ADO quanto em MI. Apenas essa Corte se limitaria em declarar a mora e dar ciência ao Poder Legislativo para que pudesse suprir a omissão. Dessa forma, não eram admitidas decisões com caráter constitutivo em sede de MI³⁹.

Todavia, em 2007, ao julgar a possibilidade de greve do servidor público, no MI 670/ES, o STF disse que pela persistência na inércia do legislador não havia outra saída se não suprir a lacuna normativa com a aplicação por analogia da legislação referente ao direito de greve do setor privado aos servidores públicos, observada os serviços essenciais⁴⁰. Luís Roberto Barroso considera essa decisão: “um exemplo de intervenção representativa do Judiciário diante da omissão do Congresso em regulamentar dispositivo constitucional”.⁴¹ Essa decisão teve eficácia *erga omnes*, por meio da modulação de efeitos, e permaneceria até a regulamentação da matéria pelo Legislativo.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Série IDP – Curso de direito constitucional, 12ª edição*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216825>

³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

³⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁴⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robortobarroso.pdf>. p.7.

Assim, o julgamento desse MI 670/ES em 2007 serve de parâmetro para julgamento de ADO quanto a suprimimento da norma faltante, por se tratar de uma omissão constitucional e pelo fato de naquela época o instituto da ADO não ter sido utilizado.

Como disse o ministro Sepúlveda Pertence em voto no MI 670/ES, “muitas vezes a demora do processo legislativo não é um problema de inércia, não é um problema de falta de vontade de legislar; é a impossibilidade política de chegar-se a uma fórmula aceita. E isso é do jogo democrático. E isso é, sobretudo, a grande virtude do processo legislativo democrático”, porém, prosseguiu, “há inércia e inércia”. Há inércia que, de tão persistente e abusiva, não se justifica em qualquer hipótese. Nesses casos, a Corte deve superar os bloqueios do processo legislativo os quais insistem em impedir o gozo de direitos constitucionais. Era exatamente o caso de 2007 diante do Supremo⁴².

Então, pela mudança de entendimento do STF, desde 2007, em sede de julgamento de casos quanto à omissão legislativa total não há mais somente declaração de inconstitucionalidade dando ciência do legislador, há também a atitude ativista da Corte suprimindo a lacuna normativa. Na sessão seguinte será analisado o voto do Ministro relator em sede de ADO buscando verificar a existência de ativismo.

3 ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO RELATOR DA ADO 26

Nessa sessão será realizada uma análise qualitativa, usando como método a análise de conteúdo. De acordo com Bardin: “Esse tipo de análise deve ser então utilizado nas fases de lançamento das hipóteses, já que permite sugerir possíveis relações entre um índice da mensagem e uma ou diversas variáveis do locutor”⁴³. Tendo por objeto o voto do Ministro Relator da ADO 26.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 (relator Celso de Melo), julgada em conjunto com o Mandado de Injunção 4733 (relator Edson Fachin), foi ajuizada em dezembro de 2013 pelo Partido Popular Socialista e foi ao plenário no dia 20 de fevereiro de 2019. Dos onze ministros, nessa primeira sessão, o relator e mais quatro proferiram seus votos. Como o relator disponibilizou seu voto, este será

⁴² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁴³ BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 141.

o objeto desta análise. O julgamento foi suspenso e ainda não tem data para uma nova sessão.

A ADO 26 requereu que fosse reconhecida a omissão legislativa; e imposto ao Poder Legislativo o dever de legislar sobre a elaboração de lei que puna a homofobia e a transfobia. Além do pedido para o STF suprir a lacuna normativa com a interpretação conforme a lei do racismo; houve o pedido para que o Supremo tipificasse a criminalização da homofobia, superando o princípio constitucional de "não há crime sem lei anterior que a prescreva"; e por fim que houvesse a responsabilização civil objetiva do Estado para indenizar as pessoas do grupo LGBT que foram prejudicadas pela omissão legislativa.

O voto do relator se inicia com a fala dele expressando uma posição favorável à defesa das minorias:

Sei que, em razão de meu voto e de minha conhecida posição em defesa dos direitos das minorias (que compõem os denominados "grupos vulneráveis"), serei inevitavelmente incluído no "Index" mantido pelos cultores da intolerância cujas mentes sombrias – que rejeitam o pensamento crítico, que repudiam o direito ao dissenso, que ignoram o sentido democrático da alteridade e do pluralismo de ideias, que se apresentam como corifeus e epígonos de sectárias doutrinas fundamentalistas – desconhecem a importância do convívio harmonioso e respeitoso entre visões de mundo antagônicas!!!!⁴⁴ (grifei)

De acordo com Lênio Streck⁴⁵, na democracia é clara a diferença entre preferências pessoais e as de foro de princípio. O judiciário pode e deve intervir quando há questão de princípio, mas não pode se manifestar quanto à preferências pessoais. Por um motivo simples: a democracia é muito importante para ficar nas mãos de gostos pessoais dos integrantes do Judiciário. Dessa forma, o voto já se inicia de maneira tendenciosa ao ativismo.

O voto do relator segue e ele fundamenta ser inviável o pedido para que o STF tipificasse o crime de homofobia, pois nas próprias palavras dele isso "veicula clara transgressão ao postulado constitucional da separação de poderes e, também,

⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. ADO 26. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/02/ADO-26-DF.pdf>. p. 01.

⁴⁵ STRECK, Lênio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte". *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), v. 1, n. 2, p. 8, jul./dez. 2009.

ofensa manifesta ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penal.⁴⁶ Porém, algumas páginas depois ele declara a mora legislativa e julga dá ciência ao Congresso Nacional quanto a sua omissão. E mais, preenche a lacuna normativa com o reconhecimento imediato da homofobia como racismo:

Uma vez reconhecida, portanto, a existência de mora imputável ao Congresso Nacional, e tendo presente o contexto que se delineia neste caso (inércia do Parlamento na implementação legislativa de cláusulas veiculadoras de mandado de incriminação), desenham-se, fundamentalmente, as seguintes possibilidades de colmatação do “vacuum legis”, a saber:

- (a) **cientificação do Congresso Nacional**, para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, § 2º, c/c Lei nº 9.868/99, art. 12-H, “caput”); ou, então,
- (b) **reconhecimento imediato**, por esta Corte, **de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89, em ordem a que se tenham como tipificados, na condição de delitos previstos nesse diploma legislativo, comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável LGBT**⁴⁷. (grifei)

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁴⁸, a formulação direta de norma faltante feita pelo Supremo Tribunal Federal que usou por analogia nesse caso a lei 7.716/89 (lei do racismo) para punir comportamentos discriminatórios quanto aos integrantes do grupo LGBT é uma atitude positiva e ativista. O que o ministro fez foi tipificar o crime da homofobia sem precisar passar pelo processo legislativo.

Assim, o Ministro Celso de Melo conclui seu voto:

*Sendo assim, em face das razões expostas, e acolhendo, ainda, os fundamentos do parecer do eminente Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, então Procurador-Geral da República, conheço, em parte, da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para, nessa extensão, julgá-la procedente, **com eficácia geral e efeito vinculante**, nos termos a seguir indicados:*

- (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

⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. ADO 26. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/02/ADO-26-DF.pdf>. p.26.

⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. ADO 26. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/02/ADO-26-DF.pdf>. p. 65.

⁴⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT;

(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 LGBT, 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; e

(e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento⁴⁹. (grifei).

O primeiro ponto a chamar atenção é quanto à interpretação conforme a Constituição enquadrando a homofobia ao tipo penal descrito na Lei do racismo. De acordo Virgílio Afonso da Silva⁵⁰ o conceito dessa interpretação é: “quando há mais de uma interpretação possível para um dispositivo legal, deve ser dada preferência àquela que seja conforme a constituição”. Uma vez que não é a Constituição que deve ser interpretada, e sim as leis infraconstitucionais. Esse autor ainda diz que:

O Supremo Tribunal Federal reiteradamente afirma que não é papel do Judiciário ser o que o tribunal chama de “legislador positivo”, ou seja, não é seu papel suprir omissões ou corrigir falhas na legislação. Sua função, especialmente no controle de constitucionalidade, é a de legislador negativo, o que significa dizer que o tribunal pode, no máximo, negar a constitucionalidade da obra legislativa, mas nunca produzir algo em seu lugar ou corrigi-la⁵¹.

Entretanto, o relator da ADO 26 utiliza desse método interpretativo para justificar a sua analogia:

O autor da presente ação constitucional alega que a noção conceitual de “raça” que compõe a estrutura normativa dos tipos penais incriminadores

⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. ADO 26. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/02/ADO-26-DF.pdf>.p. 154-155.

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito FGV*, São Paulo, v.2, n.1, p. 192. jan./jun. 2006.

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito FGV*, São Paulo, v.2, n.1, p. 202. jan./jun. 2006.

previstos na Lei nº 7.716/89 tem merecido múltiplas interpretações, revestindo-se, por tal razão, de inegável conteúdo polissêmico, consoante o evidenciam diversas manifestações produzidas por ilustres doutrinadores que, interpretando os dispositivos em questão, reconhecem possível a configuração do crime de racismo quando o delito resultar de discriminação ou de preconceito dirigido à vítima em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

*Esse quadro, bastante expressivo, **justifica a utilização, na espécie, do método da interpretação conforme, no que se refere ao conceito de “raça”, para os fins a que se refere a Lei nº 7.716/89, considerada, para tanto, a constelação axiológica que qualifica a própria declaração de direitos proclamada pela Lei Fundamental da República.***⁵² (grifei).

O ministro ainda realça que não está extrapolando seu poder:

Não se cuida, também, de formulação de tipos criminais, nem de cominação de sanções penais, eis que, como precedentemente por mim enfatizado, mostra-se juridicamente inviável, sob perspectiva constitucional, proceder-se à tipificação de delitos e à cominação de penas mediante provimentos jurisdicionais, ainda que emanados do Supremo Tribunal Federal (item n. 7).

O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social.⁵³ (grifei).

Ao longo do seu voto, o ministro relator tenta demonstrar que estamos diante de um caso de judicialização da política e das relações sociais e que não há ensejo de ativismo judicial. Há de convir que, de fato, se está diante de um *hard case*, diante de um fato gerado pela mutação da sociedade ao longo dos anos e que não foi acompanhado pelo legislador. A criminalização da homofobia não é foco desse artigo, mas sim, a verificação do caráter ativista da decisão, que, como demonstrado, não se contentou em declarar a inconstitucionalidade da omissão do Congresso Nacional dando ciência e mora a ele, mas por meio da interpretação conforme a Constituição equiparou a homofobia ao racismo, com isso ele tipificou o crime. Ficando dessa forma comprovado o caráter ativista desta decisão.

⁵² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. ADO 26. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/02/ADO-26-DF.pdf>, p. 93.

⁵³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. ADO 26. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/02/ADO-26-DF.pdf>, p.95.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o final do século XX, no Brasil, o acesso ao Poder Judiciário tem sido mais facilitado em razão da constitucionalização ampla, da própria Constituição garantir que nada que seja levado ao Judiciário ficará sem análise, da implementação da Defensoria Pública, garantindo um maior acesso a população ao judiciário. Com isso, a população tem levado ao crivo do magistrado questões sociais e políticas que deveriam ser resolvidas pela legislação infraconstitucional ou por políticas públicas. Assim, o fenômeno da judicialização tem sido cada vez mais presente no contexto brasileiro.

Entretanto, apesar de ser positiva essa evolução, a população pressiona o judiciário ao invés de pressionar o legislativo, que foi eleito para representar os seus interesses. Não há espaço aqui, mas o acesso à justiça não se restringe ao acesso ao Poder Judiciário, é mais amplo. A forma de obtenção de direitos não é apenas via Judiciário.⁵⁴

Uma vez provocado, o judiciário tem que se manifestar, podendo decidir contramajoritariamente ou reforçando a representação. Quando ocorre o primeiro caso, ele se torna ativista, não em todos os casos, mas naqueles em que as decisões do Supremo ultrapassam os limites do judiciário e invadem as esferas dos demais poderes. Todavia, essa atitude não é necessariamente negativa, tendo em vista que chegam até o magistrado casos de difíceis resoluções que o próprio ordenamento jurídico brasileiro não abarca. Assim, a conduta ativista é um meio de solucionar a demanda, mas ela não pode se tornar uma conduta recorrente.

Este artigo buscou como análise o voto do ministro relator em sede de ADO à luz do ativismo judicial. Uma inovação, pois a maioria dos artigos trata de ativismo em ADI ou ADPF. Isso se torna relevante visto que, em sede de ADO o STF tem como papel julgar a ação cientificando o Congresso Nacional para tomar as medidas necessárias quanto à omissão legislativa e reconhecendo o estado de mora inconstitucional dele. Contudo, desde 2007, no caso de greve dos servidores públicos, pela longa omissão do Poder Legislativo, o Tribunal por analogia aplicou,

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

em sede de julgamento do MI 670/ES, a lei de greve dos servidores privados aos servidores públicos até a edição de uma lei própria⁵⁵. O que na verdade é o Judiciário legislando, exercendo além de suas funções típicas e atípicas, ou seja, sendo ativista.

É o que ocorreu no caso analisado, ADO 26, a manifestação do ministro quando provocado a tipificar a criminalização da homofobia é que inviável, tendo em vista a separação dos poderes. Entretanto, ao fim do voto, ele enquadra a homofobia e a transfobia, por analogia a Lei do Racismo, até que seja editada lei autônoma pelo Congresso. Resultando dessa forma em uma conduta ativista. Concluo da mesma forma que Carlos Alexandre de Azevedo Campos: “o mal não é o ativismo em si, mas a afirmação de supremacia judicial, quase uma exclusividade institucional.”⁵⁶

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. p.7.

⁵⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O ativismo judicial contemporâneo no Supremo Tribunal Federal e nas cortes estrangeiras. In: SEMANA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, 10., 2015. *Ata*. Fortaleza, 2015.

REFERÊNCIAS

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: 8 de abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, ISSN 2179-8966, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis: *Caderno do Centro de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 23-32, ISSN 2358-4130, semestral. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, ISSN 22363475, jan./jun. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. ADO 26. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/02/ADO-26-DF.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O ativismo judicial contemporâneo no Supremo Tribunal Federal e nas cortes estrangeiras*. In: SEMANA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, 10., 2015. Ata. Fortaleza, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HÄBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição** – Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, Bem Como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional. *Direito Público*, [S.l.], v. 4, n. 18, jan. 2010. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1292>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Série IDP – Curso de direito constitucional, 12ª edição*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216825>

PROGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RODRIGUES, José Rodrigo; NOBRE, Marcos. Judicialização da política? Sobre a naturalização da separação dos poderes (I). In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Cap. 5.

ROTH, João Ronaldo; ONO, Sylvia Helena. A livre convicção motivada no novo código de processo civil. Disponível em: <http://www.tjmsp.jus.br/ejm/NPCP.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2019.

SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinicius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista brasileira de políticas públicas*. Brasília, v. 5, n. especial, p. 169-189, ISSN 2236-1677, semestral. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito FGV*, São Paulo, v.2, n.1, p. 191-210. jan./jun. 2006.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. Biblioteca digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2010. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1. Acesso em: 31 mar. 2019.

STRECK, Lênio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. *Revista Direito Gv 15*. São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, jan./jun. 2012.

VANNA, Luiz Werneck. O Ativismo Judicial mal compreendido. *Boletim CEDES*. Rio de Janeiro, p. 03-05, ISSN: 1982-1522. Jul./ago. de 2008. Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/08julho%20agosto/Microsoft%20Word%20-%20ativismo%20judicial%20_formatado_.doc.pdf. Acesso em: 31 de mar. 2019.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de sociologia da USP*. São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: FORUM DE GRUPO DE PESQUISA EM

DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DO DIREITO, 1., 2009, Rio de Janeiro.
Anais. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, p. 40-50, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 4, n. 2, p. 441-463, ISSN 1808-2432, 2008.