**ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL OU EXERCÍCIO LEGÍTIMO DO PODER?**

V.08 | N. 01 | e0007 | jan./abr. 2025.

**Danilo Camargo Grasso**

Graduando, UEM.

Maringá – Paraná – Brasil

https://orcid.org/0000-0001-9979-5816

<http://lattes.cnpq.br/2359220450695039>

danilo.camargo.grasso@gmail.com

**Matheus Ribeiro de Oliveira Wolowski**

Doutor, UEM.

Maringá – Paraná – Brasil

<https://orcid.org/0000-0001-6877-7666>

<http://lattes.cnpq.br/1435984765295033>

matheuswolowki@hotmail.com

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal, com vista nos debates que têm sido travados ao longo dos últimos anos: se estaria a Suprema Corte exercendo regularmente suas funções constitucionais ou invadindo atribuições dos demais poderes da República, notadamente o Poder Legislativo, cuja função típica é a de legislar. Para tal, busca analisar três julgados de profunda relevância, proferidos nos últimos anos, a fim de se responder a presente questão. Com a análise das decisões proferidas no âmbito da ADO n° 26/DF, ADO n° 38/DF e no Recurso Extraordinário n° 635.659/SP, conclui-se que a Corte atua no âmbito de suas competências constitucionais, e age em movimento de profunda deferência aos demais Poderes da República. Para tal, a pesquisa é bibliográfica, e pauta-se por revisão de literatura. Não há pretensão de esgotar o assunto, mas de traçar horizontes a algo de basilar importância no bojo da Democracia brasileira.

Recebido: 08/10/2024

Aprovado: 06/02/2025

DOI: <https://doi.org/10.4025/rcj-uem.v8i1.74120>

**PALAVRAS-CHAVE:** Competência. Constituição Federal de 1988. Democracia. Poder Judiciário. Separação de Poderes.

This work is licensed under [CC BY-NC 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/?ref=chooser-v1) 

**GRASSO, Danilo Camargo**; WOLOWSKI, **Matheus Ribeiro de Oliveira**. Ativismo judicial no supremo tribunal federal ou exercício legítimo do poder?. **Revista de Ciências Jurídicas UEM**, Maringá, v. 08, n. 01, e0007, jan./abr. 2025.

# INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 2°, como sendo fundamento da República, a separação dos Poderes, de modo que sejam preservadas a independência e harmonia entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. (Brasil, 2023)

Ao longo dos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem proferido inúmeras decisões, sobretudo no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade e no de julgamento de Recursos Extraordinários. Estas decisões, em inúmeras circunstâncias, sobretudo naquelas que chamam a atenção da mídia, muitas vezes são criticadas por assumirem viés ativista, qual seja, a de um Poder Judiciário que extrapola suas competências, invadindo as atribuições de outros Poderes, notadamente do Poder Legislativo, cuja função típica é a de Legislar.

Para que seja possível a compreensão adequada da questão que se propõe analisar, é importante que algumas premissas sejam assentadas.

A um, a estrutura do Supremo Tribunal Federal é prevista no artigo 101 da Constituição Federal de 1988: são onze ministros, nomeados pelo Presidente da República após a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, desde que possuam entre 35 e 70 anos de idade e sejam detentores de notório saber jurídico e reputação ilibada. (Brasil, 2023)

A dois, as competências do Supremo Tribunal Federal são elencadas pelo artigo 102 da Constituição Federal de 1988, e também no artigo 103, §2°, da Carta Magna, destacando-se (Brasil, 2023):

1. Competência para julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – prevista no artigo 102, I, alínea “a” da Constituição Federal, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade de lei federal ou estadual;
2. Competência para julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – prevista no artigo 102, I, alínea “a” da Constituição Federal, a fim de que seja declarada a constitucionalidade de lei federal;
3. Competência para julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – prevista no artigo 103, §2°, da Constituição Federal, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade de uma conduta omissiva, quando a Constituição exige uma conduta comissiva;
4. Competência para julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – prevista no artigo 102, §1°, da Constituição Federal, no caso de violação a preceitos fundamentais da República, ou seja, aqueles preceitos que estruturam o País;
5. Competência para julgamento de Recurso Extraordinário, prevista no artigo 102, III, da Constituição, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição (alínea “a”); declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (alínea “b”); julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (alínea “c”); e julgar válida lei local contestada em face de lei federal (alínea “d”).

A três, deve-se destacar que no sistema jurídico-brasileiro, vigora o princípio da inércia da jurisdição, no sentido de que o magistrado, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico, não deve agir de ofício, mas após ser provocado por quem é legitimado, como se depreende do próprio artigo 2° do Código de Processo Civil (Brasil, 2015).

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade (caso dos tópicos a, b, c, e d acima), o rol de legitimados está previsto no próprio artigo 103 da Constituição Federal. No âmbito da competência recursal (tópico e acima), aplicam-se as regras processuais atinentes aos recursos (Brasil, 2023; Brasil, 2015).

Tendo estas premissas por norte, passa-se à análise de três decisões de grande relevância proferida pelo Supremo Tribunal Federal, pois impactam em questões cruciais envolvendo o ordenamento jurídico brasileiro. Da análise dos pontos elencados, verifica-se que a Suprema Corte não age de forma a desrespeitar o Congresso Nacional, de modo que é equivocada a pecha de ativista, atribuída de forma muitas vezes irrefletida, ao Supremo Tribunal Federal do Brasil.

# 1 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA – JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N° 26/DF

No ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n° 26, compreendeu que há uma omissão legislativa em criminalizar a homotransfobia, e que até que sobrevenha Lei neste sentido, os tipos penais atinentes ao crime de racismo (Lei n° 7.716/1989) deverão incidir, igualmente, a condutas de cunho LGBTfóbico.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, como já apontado, é prevista no artigo 103, §2°, da Constituição Federal de 1988:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (Brasil, 2023).

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão foi ajuizada pelo Partido Popular Socialista – PPS – atual Cidadania, no ano de 2013. Sendo partido político com representação no Congresso Nacional, no momento da propositura da Ação, satisfaz o requisito da legitimidade ativa, previsto no artigo 103, VIII, da Constituição Federal.

Na sua exordial (2013, p. 37), aponta que

Nesse sentido, parafraseando Sarlet, tem-se que o Estado frustra o seu dever de proteção quando atua de modo insuficiente e, principalmente, quando deixa de atuar, hipótese esta na qual o Estado incorre em omissão inconstitucional na elaboração de legislação criminal protetiva do bem jurídico lesado, consoante reconhecido inclusive pelo Tribunal Constitucional Alemão , por conta da “omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção”88 – no caso, no bem jurídico-penal e constitucional da tolerância , que garante a todos o direito de não serem ofendidos, agredidos e/ou discriminados por seu mero modo de ser – sem falar no evidente direito à vida, que garante o direito a não ser assassinado, o direito à integridade física, que garante o direito a não ser agredido, e o direito ao respeito à honra e à dignidade, que garante(m) o direito a não ser ofendido por ofensas individuais ou coletivas, o que (inacreditavelmente) precisa ser afirmado ante o notoriamente elevado número de assassinatos, agressões e ofensas de pessoas por sua mera orientação sexual não heterossexual ou sua mera identidade de gênero dissonante de seu sexo biológico.

Atinente ao disposto no artigo 103, §1°, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a necessidade de que o Procurador-Geral da República seja previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, manifestou-se a Procuradoria-Geral da República, apontando que

A discriminação e o preconceito contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais atingem especialmente determinadas pessoas e grupos, o que macula o princípio da igualdade e acarreta situação especial de grave vulnerabilidade física, psíquica e social, em violação ao direito à segurança, importantes prerrogativas da cidadania. Aduza-se componente democrático, dado pelo paradigma do pluralismo, que – segundo ÁLVARO RICARDO SOUZA CRUZ – “tem por pressuposto a admissão de respeito e proteção a projetos de vida distintos daqueles considerados como padrão pela maioria da sociedade”. (2015, p. 22).

Manifestou-se o Procurador-Geral da República, *in fine*, pelo conhecimento parcial da ação direta e, no mérito, pela procedência do pedido.

O Ministro Relator, Celso de Mello, em julgamento proferido no ano de 2019, conheceu em parte da Ação Direta, e na parte conhecida, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante.

Em seu voto, afirmou:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5ª, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal [...] (2019, p. 51)

E ainda:

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, com frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade. (2019, p. 52)

Seu voto foi acompanhado pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo reconhecida, portanto, uma inconstitucional omissão do Congresso Nacional em estabelecer norma que criminaliza a homotransfobia.

Pode-se questionar o fato de que a Constituição Federal, em nenhum momento se refere expressamente à LGBTfobia, ao contrário do que faz com o racismo: explicitamente aponta em seu artigo 5°, XLII, que a prática do racismo configura crime inafiançável e imprescritível, e sujeito à pena de reclusão, nos termos da legislação. (Brasil, 2023).

Entretanto, o fato de a Constituição Federal de 1988 não se referir expressamente à homotransfobia não impede, em nenhum momento, de se concluir pela existência de omissão da parte do Congresso Nacional:

1. O artigo 1°, III, da Constituição estabelece que é princípio da República a dignidade da pessoa humana (Brasil, 2023);
2. O artigo 3°, IV, da Constituição aponta que é objetivo da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Brasil, 2023);
3. O artigo 5°, *caput*, elenca como direitos fundamentais, dentre outros, a vida, a igualdade, a segurança e a liberdade (Brasil, 2023);
4. O artigo 5°, X, assegura a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, assegurando-se indenização, em caso de violação destes, pelo dano material ou moral (Brasil, 2023);
5. O artigo 5°, XLI, fixa que a lei punirá qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais (Brasil, 2023);
6. Por fim, estabelece o artigo 5°, §2°, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (Brasil, 2023).

Portanto, apesar de não se referir explicitamente à homotransfobia, é claríssimo que a Constituição Federal de 1988 quer coibir qualquer forma de discriminação. Para tal, é necessária a atuação do Estado, ativa e consciente, a fim de que o preconceito seja extirpado.

Para que ocorra a extirpação do preconceito, não basta a elaboração de normas penais incriminadoras, mas tampouco seria possível sua erradicação sem o estabelecimento de normas penais neste sentido. Observa-se:

1. A Lei n° 7.716/1989 estabelece inúmeros tipos penais que se caracterizam por racismo (Brasil, 1989).
2. O Código Penal estabelece, em seu artigo 140, §3°, o crime de injúria qualificado pelo preconceito (excetuando a injúria estabelecida no artigo 2°-A da Lei n° 7.716/1989) (Brasil, 2023).
3. O Código Penal dispõe acerca de inúmeros crimes relacionados à violência de gênero contra a mulher. Destacam-se: feminicídio (estabelecido pela Lei n° 13.104/2015); lesão corporal contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino (artigo 129, §13); causa de aumento no crime de perseguição, se cometido contra mulher, por razões da condição do sexo feminino (artigo 147-A c/c artigo 147-A, §1°, II); violência psicológica contra a mulher (artigo 147-B) (Brasil, 2015; Brasil, 2021; Brasil, 2021; Brasil, 2021).

Entretanto, pelo princípio da separação dos poderes, fixado no artigo 2° da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 2023), não pode o Poder Judiciário criar tipos penais, eis que exigem a reserva legal, ou seja, só podem ser criados mediante lei, ato normativo exarado pelo Poder Legislativo.

Por isso, o Ministro Celso de Mello, sendo acompanhado pela maioria, compreendeu que os crimes fixados pela Lei n° 7.716/1989 devem incidir no âmbito de condutas LGBTfóbicas. Apontou:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”) (2019, p. 154).

No dispositivo, assentou:

(a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo 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 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 que se concluir o presente julgamento. (2019, p. 156-7).

Conclui-se que a Suprema Corte, ao julgar a presente Ação Direta:

1. No âmbito da declaração da omissão, em nenhum momento aviltou o Congresso Nacional, eis que há previsão expressa na Constituição (artigo 103, §2°) nesse sentido;
2. No âmbito de incidência da Lei de Racismo para abarcar condutas homotransfóbicas, não há invasão de competências do Congresso Nacional, pois não houve, em momento algum, a elaboração de norma penal, competência do Congresso Nacional.

# 2 NÚMERO DE DEPUTADOS FEDERAIS POR UNIDADE FEDERATIVA – JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N° 38/DF.

No ano de 2023, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n° 38, compreendendo que há omissão do Congresso Nacional em disciplinar o número de Deputados Federais por Unidade Federativa.

O Brasil é uma Federação, o que significa que os entes federados são autônomos, nos termos da Constituição – conforme previsão expressa da Constituição Federal de 1988. (Brasil, 2023).

Quando do surgimento da Federação, nos Estados Unidos da América, desenvolveu-se um modelo de Poder Legislativo, no âmbito da União, que privilegiasse tanto o povo quanto os entes federados (no caso dos Estados Unidos, os Estados membros). Assim, a Câmara dos Representantes tem por prerrogativa de representar o povo dos Estados Unidos; o Senado representa os Estados, de modo que, o número de representantes por Estado é variável conforme a população; o número de senadores é constante. (Estados Unidos da América, 1787; Dallari, 2019).

Este modelo é adotado no Federalismo Brasileiro, de modo que a Câmara dos Deputados tem por prerrogativa representar o povo; o Senado representa as 27 Unidades Federativas (26 Estados e Distrito Federal).

Por isso mesmo, o número de deputados federais varia conforme a população da Unidade Federativa em questão; o número de Senadores, por outro lado, é constante. (Brasil, 2023).

Entretanto, como a população brasileira é dinâmica, variando com o passar do tempo, o número de Deputados Federais deve ser continuamente atualizado, de modo que possa haver uma representação proporcional às Unidades Federativas. Assim dispõe o artigo 45 da Constituição Federal:

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

§ 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

§ 2º Cada Território elegerá quatro Deputados. (Brasil, 2023).

Portanto:

1. O *caput* do artigo 45 da Constituição Federal dispõe justamente que a Câmara é composta de representantes do povo;
2. Já o §1° estabelece que o número total de Deputados deve ser estabelecido por lei complementar, de modo proporcional à população de cada uma das 27 Unidades Federativas, observando o limite mínimo de oito e o máximo de 70 Deputados;
3. Já o §2° versa sobre o número de Deputados por Território, não se aplicando no presente momento, considerando a ausência de Territórios pertencentes à União.

Contudo, a última vez que o Congresso Nacional editou Lei Complementar referindo-se ao assunto foi em 1993 (Lei Complementar n° 78), assim estabelecendo em seu artigo 1°

Art. 1º Proporcional à população dos Estados e do Distrito Federal, o número de deputados federais não ultrapassará quinhentos e treze representantes, fornecida, pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano anterior às eleições, a atualização estatística demográfica das unidades da Federação.

Parágrafo único. Feitos os cálculos da representação dos Estados e do Distrito Federal, o Tribunal Superior Eleitoral fornecerá aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos partidos políticos o número de vagas a serem disputadas. (Brasil, 1993).

Destaca-se, inclusive, que no julgamento da Ações Diretas de Inconstitucionalidade n° 4947/DF, 4963/DF, 4965/DF, 5020/DF e 5020/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único deste dispositivo, sob o argumento de que descumpriu o comando do artigo 45 da Constituição Federal. (STF, 2014).

Verifica-se, portanto, que o número de Deputados Federais permanece desatualizado durante longo tempo, ocasionando situações incoerentes:

No Censo de 2022, o Estado do Paraná continha uma população de 11.444.380 habitantes, enquanto o Estado do Rio Grande do Sul, 10.882.965 habitantes. Contudo, o número de Deputados do Estado do Paraná de 30, enquanto o do Rio Grande do Sul é de 31 (IBGE, 2022).

Os impactos desta desproporcionalidade são tamanhos. Dois deles se destacam:

1. Determinados Estados, que deveriam ter maior número de Deputados Federais, acabam tendo menor número de representantes na Câmara dos Deputados;
2. Como o número de Deputados Federais é utilizado para cálculo do número de Deputados Estaduais (artigo 27 da Constituição Federal), e Distritais (artigo 32, §3°, da Constituição Federal) os Poderes Legislativos destes estados são igualmente impactados (Brasil, 2023).

Por isto, o Governador do Estado do Pará, legitimado ativo nos termos do artigo 103, V, da Constituição Federal, ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, considerando-se a mora legislativa em se editar Lei Complementar estabelecida pelo artigo 45, §1°, da Constituição da República.

A Procuradora-Geral da República, nos termos do artigo 103, §2°, da Constituição Federal, manifestou-se nos seguintes termos:

Tal entendimento foi firmado por essa Suprema Corte no julgamento da ADI 3.682/MT, quando assentou que “a inertia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão”, uma vez que a negligência ou a desídia na discussão e na aprovação de leis é potencialmente lesiva à ordem constitucional (2018, p. 9-10).

Manifestou-se, por fim, pela procedência do pedido.

O Ministro Luiz Fux, relator, apontou em seu voto:

Deveras, a omissão legislativa identificada no caso concreto gera um evidente mau funcionamento do sistema democrático, relacionado à subrepresentação das populações de alguns Estados na Câmara dos Deputados em grau não admitido pela Constituição. Referido mau funcionamento parece ser do tipo que o Poder Legislativo pode ter grandes dificuldades de corrigir *sponte propria*, na medida em que sua superação depende do atingimento de um consenso que pode, no limite, conduzir à redução do peso de algumas bancadas estaduais na Câmara Federal e à supressão de algumas das cadeiras dos próprios parlamentares deliberantes. Em um tal contexto, a intervenção desta Suprema Corte, por meio de sentença construtiva, resta plenamente legitimada e justificada, a fim de que haja a efetiva desobstrução dos canais de mudança política necessários ao reequilíbrio da relação deputado/população, na forma prescrita pela Constituição Federal.

Na parte dispositiva, assim firmou:

*Ex positis*, JULGO PROCEDENTE a presente ação direta, para declarar a mora do Congresso nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista na segunda parte do §1º do art. 45 da CF (revisão periódica da proporcionalidade na relação deputado/população), fixando prazo até 30 de junho de 2025 para que seja sanada a omissão, pela redistribuição proporcional das cadeiras hoje existentes.

Após esse prazo, e na hipótese de persistência da omissão inconstitucional, caberá ao Tribunal Superior Eleitoral determinar, até 1º de outubro de 2025, o número de deputados federais de cada Estado e do Distrito Federal para a legislatura que se iniciará em 2027, bem como o consequente número de deputados estaduais e distritais (CF, arts. 27, caput, e 32, §3º), observado o piso e o teto constitucional por circunscrição e o número total de parlamentares previsto na LC nº 78/1993, valendo-se, para tanto, dos dados demográficos coletados pelo IBGE no Censo 2022 e da metodologia utilizada por ocasião da edição da Resolução-TSE 23.389/2013.

Portanto:

Reconheceu o Ministro Fux, no que foi acompanhado por todos os demais ministros do Supremo Tribunal Federal, a mora do Congresso Nacional quanto à edição de Lei Complementar previsto pelo artigo 45, §1°, da Constituição Federal, fixando prazo de até 30 de junho de 2025 para que seja sanada.

Em caso de ausência de saneamento, por unanimidade decidiu o Supremo Tribunal Federal que terá o Tribunal Superior Eleitoral a atribuição de determinar o número de Deputados Federais por Unidade Federativa (a ser aplicado a partir da legislatura que se iniciará em 2027), tendo por consequência a atualização do número de Deputados Estaduais ou Distritais. O prazo máximo para o Tribunal Superior Eleitoral, sendo o caso, será de até 01° de outubro de 2025, a fim de se respeitar o prazo máximo estabelecido no artigo 45, §1°, da Constituição da República.

Conclui-se que a Suprema Corte, ao julgar a presente Ação Direta:

1. No âmbito da declaração da omissão, em nenhum momento aviltou o Congresso Nacional, eis que há previsão expressa na Constituição (artigo 103, §2°) nesse sentido;
2. Houve pleno respeito do Supremo Tribunal Federal ao Congresso Nacional e às suas funções típicas: em primeiro lugar, privilegia-se a edição de Lei Complementar. Somente em caso de não elaboração desta, haverá atuação do Tribunal Superior Eleitoral.

# 3 A QUESTÃO REFERENTE AO ARTIGO 28 DA LEI N° 11.343/2006 – JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 635.659/SP

No ano de 2024, o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento do Recurso Extraordinário n° 635.659/SP, em que se questionava a constitucionalidade do artigo 28 da Lei n° 11.343. Destacam-se o *caput* e os §§1°, 2°, 3° e 4° do dispositivo:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. (Brasil, 2006).

Verifica-se que a Lei n° 11.343/2006 estabelece, portanto, o porte para consumo de drogas como sendo uma conduta delitiva, presente inclusive em seu Título III, Capítulo III – Dos crimes e das penas. Não obstante, observa-se um comportamento diferente do legislador: via de regra, conforme previsto pelo artigo 1° da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei n° 3.914/1941), considera-se crime a infração pela qual é cominada pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa e cumulativamente com a pena de multa; já as contravenções penais são punidas com prisão simples ou multa, isoladamente, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. A inovação encontra-se na espécie de pena aplicada para o presente delito, conforme se lê dos incisos I, II e III do artigo 28 da Lei n° 11.343/2006: advertência quanto os efeitos da droga (inciso I); prestação de serviços à comunidade (inciso II); medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (inciso III).

Não obstante, a Lei n° 11.343/2006 estabelece o crime de tráfico de drogas, previsto em seu artigo 33. Lê-se do *caput*:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (Brasil, 2006).

As penas cominadas para o crime de tráfico de drogas são aquelas previstas pelo Decreto-Lei n° 3.914/1941: reclusão, de cinco a quinze anos, cumulativamente com a pena de multa: 500 a 1.500 dias-multa.

A discussão do presente Recurso Extraordinário, cuja competência de julgamento é do Supremo Tribunal Federal, por força do artigo 102, III, da Constituição Federal, centrou-se tanto na questão referente à constitucionalidade do artigo 28 da Lei n° 11.343/2006, quanto na possibilidade de ser fixado um parâmetro objetivo que possibilite a diferenciação entre quem porta para consumo e quem trafica droga.

Deve-se apontar, também, que a discussão do Supremo Tribunal Federal limitou-se, exclusivamente, à maconha, não abrangendo as demais drogas.

Por maioria, compreendeu a Suprema Corte que:

1. O porte para consumo de maconha não deve ser compreendido como conduta criminosa.
2. Entretanto, a conduta continua margeada pela ilicitude, sendo que as sanções estabelecidas pela Lei tem caráter administrativo (tal qual uma infração de trânsito). Não deve ser aplicada, portanto, a sanção estabelecida no inciso II do artigo 28 da Lei n° 11.343, pois possui natureza penal (pena restritiva de direito).
3. Fixou o Supremo Tribunal Federal a quantidade de 40g de maconha, para que seja parâmetro razoável de distinção entre usuário e traficante. Contudo, conforme salientou a Corte, trata-se de presunção relativa, que pode ser afastada com base nas circunstâncias fáticas do caso em concreto.
4. Até que o Conselho Nacional de Justiça disponha acerca dos procedimentos referentes à aplicação das sanções administrativas, a competência para tal será dos Juizados Especiais Criminais.

Tudo isto se depreende da tese de Repercussão Geral:

**Tese** 1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário. (STF, 2024).

As consequências de tal decisão do Supremo Tribunal Federal são grandes, e podem ser elencadas da seguinte forma:

1. Não houve legalização do porte para consumo de maconha. A conduta continua sendo ilícita (contrária ao Direito), ensejando sanções. Entretanto, conforme entendeu a Suprema Corte, a natureza das sanções é diferente: cuida-se de sanção de caráter administrativo, e não penal.
2. Não sendo sanção penal, seus efeitos são diferentes: não gera reincidência, maus-antecedentes, ou mesmo suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação (artigo 15, III, da Constituição Federal).
3. A diferenciação objetiva em 40g (presunção relativa, ressalta-se, pois admite seu afastamento à luz do caso concreto), é importante no sentido de se evitar que a compreensão do fato esteja vinculada única e exclusivamente a interpretação do magistrado, que pode compreender pelo tráfico de drogas, mesmo sendo quantidades ínfimas de maconha, como, por exemplo, 1 ou 2 gramas da droga.

Colhe-se, por fim, da Ementa:

10. Apelo para que os Poderes avancem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas no engajamento dos usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado contínuo que lhes possibilite compreender os graves danos causados pelo uso de drogas; e na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas; na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários as medidas previstas em lei. 11. Para viabilizar a concretização dessa política pública – especialmente a implementação de programas de dissuasão contra o consumo de drogas e a criação de órgãos especializados no atendimento de usuários – caberá ao Executivo e ao Legislativo assegurar dotações orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas, instituído pela Lei 7.560/1986, e deixar de contingenciar os futuros aportes no fundo – recursos que deverão ser utilizados em programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas.

Conclui-se que a Suprema Corte, ao julgar o presente Recurso Extraordinário:

1. No âmbito do julgamento, em nenhum momento aviltou o Congresso Nacional, eis que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar Recurso Extraordinário, nos termos do artigo 102, III, da Constituição Federal;
2. Novamente, o Tribunal mostra profunda deferência ao Supremo Tribunal Federal, eis que mantém a ilegalidade da conduta. Tão somente, afasta a natureza penal das sanções referidas, exclusivamente ao porte de maconha. Igualmente, busca evitar que usuários sejam punidas as rigorosas penas estabelecidas aos traficantes de droga.

*In fine,* é plenamente legítima a movimentação do Congresso Nacional para que se inclua, no artigo 5° da Constituição, dispositivo estabelecendo que a lei considera crime tanto o porte para consumo como para o porte de drogas (Senado Federal, 2024). Tem-se uma reação institucional saudável, amparada pelo dissenso democrático. Entretanto, não é possível que a decisão do Supremo Tribunal Federal seja manipulada para possibilitar compreensões completamente distintas daquilo que fora decidido, e consta expressamente da ementa do julgado.

**CONCLUSÕES**

Da análise das presentes decisões, verifica-se gesto de profunda deferência do Supremo Tribunal Federal aos demais poderes da República, sobretudo ao Poder Legislativo, cuja função é a de legislar.

No âmbito da criminalização da homotransfobia, o Supremo Tribunal Federal em momento algum elaborou tipos penais atinentes, o que invadiria as competências legislativas do Congresso Nacional. Tão somente decidiu pela aplicação da Lei n° 7.716/1989 no âmbito da homotransfobia, até que sobrevenha lei sobre o tema.

No âmbito da omissão em relação à edição de Lei Complementar quanto ao número de deputados federais por Unidade Federativa, antes de qualquer medida ser tomada, concedeu a Corte prazo razoável ao Congresso Nacional para que a elabore. Somente se expirado este prazo sem a edição da norma exigida pela Constituição, o Tribunal Superior Eleitoral atuará.

Por fim, no âmbito do porte para consumo de maconha, a Corte compreendeu que a conduta continua sendo ilícita e as sanções (exceto a do artigo 28, II, da Lei n° 11.343/2006) aplicáveis. Somente suas naturezas devem ser compreendidas de outra forma: administrativa, não penal.

Deve-se destacar também o fato de que o Supremo Tribunal Federal foi devidamente provocado, de modo que sua atuação respeitou o princípio da inércia da jurisdição.

Isso tudo permite a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal não é ativista, nem mesmo está sobrepondo sua vontade à manifestação do Congresso Nacional. Do contrário, está se avocando de suas competências constitucionais, e buscando a resolução daquilo que lhe é demandado da forma mais respeitosa possível aos demais Poderes, em vistas à harmonia prelecionada pelo artigo 2° da Constituição Federal de 1988.

# REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023.

BRASIL. **DECRETO-LEI N° 3.914, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1941**. Disponível em: [Lei de Introdução ao Código Penal | DECRETO-LEI Nº 3.914, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1941 (jusbrasil.com.br)](https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/126682/lei-de-introducao-ao-codigo-penal-decreto-lei-3914-41). Acesso em: 05 out. 2024.

BRASIL. **LEI N° 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989**. Disponível em: [Lei do Crime Racial | LEI Nº 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989 (jusbrasil.com.br)](https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111031/lei-do-crime-racial-lei-7716-89). Acesso em: 05 out. 2024.

BRASIL. **LEI N° 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006**. Disponível em: [Lei de Tóxicos | LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006 (jusbrasil.com.br)](https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/95503/lei-de-toxicos-lei-11343-06). Acesso em: 05 out. 2024.

BRASIL. **LEI N° 13.104, DE 9 DE MARÇO DE 2015**. Disponível em: [L13104 (planalto.gov.br)](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm) Acesso em: 05 out. 2024.

BRASIL. **LEI N° 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Disponível em: [Novo CPC - Lei 13105/15 | Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015 | LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015 (jusbrasil.com.br)](https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/174276278/lei-13105-15). Acesso em: 05 out. 2024.

BRASIL. **LEI N° 14.132, DE 31 DE MARÇO DE 2021**. Disponível em: [L14132 (planalto.gov.br)](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14132.htm). Acesso em: 05 out. 2024.

BRASIL. **LEI N° 14.188, DE 28 DE JULHO DE 2021**. Disponível em: [L14188 (planalto.gov.br)](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14188.htm). Acesso em: 05 out. 2024.

BRASIL. **LEI N° 14.532, DE 11 DE JANEIRO DE 2023**. Disponível em: [L14532 (planalto.gov.br)](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14532.htm#art1). Acesso em: 05 out. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **NÚMERO DE DEPUTADOS POR ESTADO**. Disponível em: [Número de deputados por estado — Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br)](https://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/numero-de-deputados-por-estado). Acesso em: 05 out. 2024.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América – 1787**. Disponível em: [(Microsoft Word - A Constitui\347\343o dos Estados Unidos da Am\351rica) (uel.br)](http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf).Acesso em: 05 out. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico**. Disponível em: [Censo 2022 | IBGE](https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/22827-censo-demografico-2022.html). Acesso em: 05 out. 2024.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

PARTIDO POPULAR SOCIALISTA. **PETIÇÃO INICIAL**. Disponível em: [Consultar Processo Eletrônico (stf.jus.br)](https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053). Acesso em: 05 out. 2024.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **MANIFESTAÇÃO NA ADO 26**. Disponível em: [Consultar Processo Eletrônico (stf.jus.br)](https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053). Acesso em: 05 out. 2024.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **MANIFESTAÇÃO NA ADO 38**. Disponível em: [Consultar Processo Eletrônico (stf.jus.br)](https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5149458). Acesso em: 05 out. 2024

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição n° 45, de 2023**. Disponível em: [PEC 45/2023 - Senado Federal](https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/160011). Acesso em: 05 out. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL**. Disponível em: [paginador.jsp (stf.jus.br)](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240). Acesso em: 05 out. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 38 DISTRITO FEDERAL**. Disponível em: [paginador.jsp (stf.jus.br)](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=771484196). Acesso em: 05 out. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SÃO PAULO**. Disponível em: [paginador.jsp (stf.jus.br)](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=780710874). Acesso em: 05 out. 2024.

***JUDICIAL ACTIVISM IN THE SUPREME COURT OR LEGITIMATE EXERCISE OF POWER?***

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the constitutional role of the Supreme Court, in view of the debates that have been held over the last few years: whether the Supreme Court would be regularly exercising its constitutional functions or invading attributions of the other powers of the Republic, notably the Legislative Power, whose typical function is to legislate. To this end, it seeks to analyze three judgments of profound relevance, handed down in recent years, in order to answer this question. With the analysis of the decisions rendered within the scope of ADO No. 26/DF, ADO No. 38/DF and Extraordinary Appeal No. 635,659/SP, it is concluded that the Court acts within the scope of its constitutional competences, and acts in a movement of deep deference to the other Branches of the Republic. To this end, the research is bibliographic, and is guided by a literature review. There is no intention to exhaust the subject, but to draw horizons for something of basic importance in the heart of Brazilian Democracy.

**KEYWORDS:** Competence. Federal Constitution of 1988. Democracy. Judiciary. Separation of Powers.

**ACTIVISMO JUDICIAL EN EL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL O EJERCICIO LEGÍTIMO DEL PODER?**

**Resumen:** El presente artículo tiene como objetivo analizar el papel constitucional del Tribunal Supremo Federal, considerando los debates que se han suscitado en los últimos años: si la Corte Suprema está ejerciendo regularmente sus funciones constitucionales o si está invadiendo atribuciones de los demás poderes de la República, en particular del Poder Legislativo, cuya función típica es legislar. Para ello, se analizan tres fallos de gran relevancia, emitidos en los últimos años, con el fin de responder a esta cuestión. A partir del análisis de las decisiones dictadas en el ámbito de la ADO n.º 26/DF, la ADO n.º 38/DF y el Recurso Extraordinario n.º 635.659/SP, se concluye que la Corte actúa dentro de sus competencias constitucionales y lo hace en un movimiento de profunda deferencia hacia los demás Poderes de la República. Para ello, la investigación es bibliográfica y se basa en una revisión de la literatura. No se pretende agotar el tema, sino trazar horizontes sobre un asunto de importancia fundamental en el contexto de la Democracia brasileña.

**Palabras clave:** Competencia. Constitución Federal de 1988. Democracia. Poder Judicial. Separación de Poderes.