



A CRIAÇÃO DE NOVOS DIREITOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE CREATION OF NEW RIGHTS BY THE FEDERAL SUPREME COURT

Márcia Haydée Porto de Carvalho

Doutora (2005) e Mestre (2001) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialização em Altos Estudos de Política e Estratégia pela Escola Superior de Guerra (2019). Graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Maranhão -UFMA (1997). Possui Graduação em Direito pela UFMA (1993). Atualmente exerce o cargo de Professor Associado II da UFMA, lecionando na graduação em Direito e no Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça e é Promotora de Justiça em São Luís/MA. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, trabalhando principalmente com os seguintes temas: Instituições dos Sistemas de Justiça, Hermenêutica Constitucional, Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais. Em 2019 foi admitida como investigadora no Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid/Espanha).

Deomar da Assencão Arouche Junior

Mestre (2021) em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Especialização em Direito Constitucional pelo Uniceuma (2008). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2005). Professor de Direito Internacional e Direito Tributário da Faculdade Pitágoras. Professor Substituto na Universidade Estadual do Maranhão das disciplinas Direito Processual Civil e Direito Processual Penal, no campus de Bacabal. Juiz Federal Substituto.

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar a possibilidade da criação de novos direitos mediante a atuação do Supremo Tribunal Federal. Utilizou-se como ponto de partida os estudos sobre teorias da Constituição Viva (*Living Constitution*), concretistas de interpretação, sentenças manipulativas e diálogo institucional. Realizou-se a pesquisa por meio da análise documental de decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas nos últimos cinco anos, que versaram sobre direitos de grupos minoritários ou vulneráveis. A escolha por casos envolvendo esses grupos ocorreu em virtude de serem os que normalmente possuem menor representatividade e mais necessitam de tutela jurisdicional. Por intermédio do método dedutivo, buscou-se verificar, nessas situações, em que medida a Corte buscou a solução mediante a sua própria decisão, optando por preencher a lacuna por meio de uma sentença aditiva, e quando optou por provocar o diálogo institucional com os demais poderes, visando a solucionar o

caso proposto. Os resultados encontrados mostraram que de fato a Corte em alguns casos tem optado por impor ordens e em outros sugerir medidas aos demais poderes adotando postura dialógica para obter a solução do caso em discussão.

Palavras-chave: Criação de direitos. Diálogo institucional. Direitos fundamentais. Interpretação conforme a Constituição. Sentenças manipulativas.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the possibility of creating new rights through the action of the Federal Supreme Court. The studies on Living Constitution theory, concretist theories of interpretation, manipulative sentences and theories on institutional dialogue were used as a starting point. The research was carried out through documentary analysis of Federal Supreme Court decisions handed down in the last five years, which dealt with the rights of minority or vulnerable groups. The choice of cases involving these groups was due to the fact that they are those that normally have less representation and need more judicial protection. Through the deductive method, we sought to verify, in these situations, to what extent the Court sought the solution through its own decision, choosing to fill the gap through an additive sentence, and when it chose to provoke institutional dialogue with the other powers in order to resolve. The results found, showed that the Court in some cases opted to impose orders and suggest measures to other powers in the same decisions.

Keywords: Creation of rights. Fundamental rights. Interpretation according to the constitution. Manipulative sentences. Institutional dialogue.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nas últimas décadas, após a promulgação da Constituição de 1988, chegaram ao Poder Judiciário diversas pretensões de reconhecimento de novos direitos ou mesmo da incidência desses direitos em situações inabituais, sem previsão legal. À vista disso, o presente estudo analisa decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que resolveram pedidos de reconhecimento de novos direitos com inovação na ordem jurídica. Tais inovações, de acordo com os postulantes, seriam necessárias para colmatar lacunas que implicariam a ausência de proteção a posições jurídicas relevantes. Ou seja, examina-se a forma de atuação do STF ante esses pleitos de reconhecimento de novos direitos, à luz de teorias que divergem quanto ao grau de tolerância à intervenção judicial em casos dessa natureza.

Para tanto, utilizando o método dedutivo, inicialmente, faz-se uma breve exposição acerca das teorias que versam sobre a necessidade de atualização do texto constitucional diante da realidade presente, destacando pontos defendidos por teorias antagônicas. Dessa maneira, trata-se dos principais aspectos defendidos por adeptos da *Living Constitution* e por originalistas, assim como por maximalistas e minimalistas. Em seguida, abordam-se doutrinas referentes à atividade interpretativa do julgador e à

necessidade de correlação entre interpretação e realidade, tomando como referencial as teorias concretistas, estruturantes e integrativas da interpretação constitucional.

As premissas estabelecidas por essas teorias podem ajudar a compreender o fenômeno da atualização do texto constitucional mediante interpretação, na medida em que grande parte das discussões travadas no âmbito da doutrina norte-americana também se desenvolve no Brasil.

Com esse aporte teórico, desenvolve-se, a seguir, uma investigação a respeito das formas como o STF tem aplicado referidas doutrinas, buscando verificar em que medida a Corte tem se afastado da adoção de posições dicotômicas que limitam o espectro de opções no momento da decisão. Nesse sentido, analisa-se a forma como a Corte tem utilizado técnicas defendidas por doutrinas que, a princípio, seriam contrárias, combinando ações mais ativistas com ações mais restritivas, principalmente as associadas ao diálogo institucional. Desse modo, procura-se identificar as razões pelas quais seguiu uma ou outra posição e sua aptidão para produzir os efeitos desejados.

Na sequência, desenvolve-se um tópico relativo a sentenças manipulativas, para, em seguida, averiguar a sua utilização pelo STF, no contexto dos casos concretos objeto do estudo, julgados proferidos nos últimos cinco anos, escolhidos entre aqueles que versaram acerca de pleitos de grupos minoritários ou vulneráveis. A eleição de casos dessa natureza ocorreu em razão de tais grupos serem os que mais recorrem ao Poder Judiciário, buscando o reconhecimento de direitos não expressos no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional. Trata-se desse aspecto quando da abordagem sobre a legitimidade do Poder Judiciário, para discorrer a respeito desses casos considerando a função contramajoritária e representativa desse braço estatal.

Os casos objeto do estudo versam sobre: a) direito à alteração, no registro civil, do nome e do gênero por transexuais; b) direito à prisão domiciliar quando não há estabelecimento adequado para o cumprimento da pena, em casos de progressão de regime; c) período de início da licença-maternidade, em casos não previstos na lei. Em todos eles, os autores das lides sustentaram a titularidade de direitos não previstos na Constituição ou lei ou a incidência em situações não abrangidas pelo programa normativo segundo a interpretação vigente.

Utiliza-se, como procedimento metodológico, a análise de conteúdo dessas

decisões, proferidas tanto em caráter definitivo quanto liminar, com o objetivo de verificar a forma mediante a qual a Corte agiu perante os pedidos. A bibliografia consultada é composta por autores nacionais e estrangeiros com produções consideradas relevantes para a análise proposta. Ao final, identifica-se, no teor dos julgados, a posição do próprio STF a respeito da sua legitimidade para criar direitos por meio de suas decisões.

2. O CATÁLOGO DE DIREITOS E A POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO POR MEIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

As relações vivenciadas em cada momento histórico impõem novas formas de organização, de articulação do poder, daí a necessidade da existência de mecanismos capazes de conduzir essas alterações, com a intenção de manter os princípios informadores do constitucionalismo e com finalidade precípua de garantir a existência dos direitos fundamentais por meio da limitação de poder (RAMOS, 2000).

O controle de constitucionalidade das leis é o mecanismo mediante o qual se faz a fiscalização dos limites das transformações sociais, tendo em vista o resguardo dos direitos fundamentais. Esse controle está comprometido visceralmente com a dignidade do homem e com a subsistência dos direitos incorporados ao patrimônio civilizatório da humanidade (RAMOS, 2000).

Desde o primeiro terço do século passado, profundas mudanças ocorreram na sociedade, derivadas do desenvolvimento econômico, político, social, científico e cultural. Por conta disso, a Constituição não poderia seguir sendo entendida apenas como um instrumento legal destinado a limitar o exercício do poder estatal. Abarcaria mais que isso, sem poder ignorar as novas aspirações e pressões sociais, pois incorreria no risco de cair em desuso (CARVALHO, 2019).

Novos acordos e conformações do poder político eram necessários. O Estado deixou de ser puramente liberal e começou a apresentar inclinações socializadoras. A separação entre Estado e sociedade diminuiu consideravelmente graças à necessidade de o Estado intervir na sociedade, restringindo direitos fundamentais (CARVALHO, 2019).

Grande parte das constituições contemporâneas enumera certa quantidade de direitos de forma explícita. Além disso, também são reconhecidos, pela doutrina e jurisprudência, outros que estariam fora desse catálogo, mas nem por isso deixariam de ter a condição de direito fundamental (SARLET, 2012).

Os direitos fundamentais, em sentido formal, podem ser definidos como posições jurídicas que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais. Em sentido material, direitos fundamentais são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e importância, podem ser equiparados formal e materialmente aos direitos fundamentais em geral (SARLET, 2012).

É por meio do direito constitucional positivo que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes em seu texto, por meio da cláusula de abertura material do sistema constitucional disposta no § 2º do artigo 5º da Constituição (SARLET, 2012).

A cláusula de abertura material deixa claro o reconhecimento, por parte do Legislador-Constituinte, de que não seria possível enumerar todos os direitos, sendo natural que existissem lacunas a serem preenchidas ao longo do tempo. As constantes evoluções no reconhecimento de posições a serem protegidas tornam permanente a necessidade de atualizar esse rol de direitos. Assim, observa-se um processo ininterrupto de preenchimento dessa lista mediante a atividade legislativa ou decisões judiciais.

Embora exista um amplo e detalhado rol de direitos explícitos no texto constitucional, ele não é capaz de abarcar o constante surgimento de fatos, tornando esse catálogo obsoleto. Nesse sentido, de acordo com Marmor (2005, p. 163), “quando a constituição é relativamente antiga e mudanças sociais trazem novas preocupações, novos valores, pressão social e moral podem levar ao reconhecimento de novos direitos básicos não enumerados na constituição”¹.

Em seguida, esse mesmo autor questiona se as cortes deveriam simplesmente incorporar os novos direitos, inovando por conta própria, ou se deveriam esperar por uma emenda à Constituição. Afirma que a resposta a tal pergunta dependeria, em parte, da cultura legal e política de cada país. Em alguns, o processo para emendar a Constituição não seria tão rígido e ocorreria com certa frequência, mas, em outros, quando o processo é mais rígido, seria mais tolerável que cortes constitucionais inovassem por meio da criação de direitos. Porém, ressalta que existe ainda a questão moral relativa a esse ponto (MARMOR, 2005).

¹ No original: But when the constitution is relatively old, and social change brings it new concerns and new values, social and moral pressure may build up to recognize a new basic right, not enumerated in the constitutional document.

No direito norte-americano, o debate entre as doutrinas da *Living Constitution* e do Originalismo vem ocorrendo por muitos anos, tratando sobre os limites do Poder Judiciário na tarefa de atualizar a Constituição. Os originalistas defendem que a interpretação da Constituição deve buscar a efetivação das suas previsões, observando uma fidelidade ao desejo de seus elaboradores, sendo a única forma de alteração do seu texto o processo de emenda constitucional (MARMOR, 2005). O Originalismo pode ser entendido como um modo de limitar o poder dos juízes na interpretação, atendendo a ordem democrática e a segurança jurídica (VIEIRA; CARVALHO; ANDRADE, 2018).

Em contrapartida, segundo Strauss (2010), a doutrina da *Living Constitution* permite à Constituição evoluir com o passar dos tempos, adaptando-se às transformações sociais. Ressalta que essa transformação é algo benéfico, pois o texto constitucional poderia vir a se tornar completamente ineficaz. Dessa maneira, a Constituição viva deve estar em constante processo de atualização pelo intérprete, de acordo com o contexto atual.

A *Living Constitution* é aplicada nos casos em que, sendo possível buscar diversos sentidos da norma constitucional, deve ser encontrado um compatível com as necessidades da realidade atual. A teoria também reconhece aos juízes o poder de atribuir novos sentidos às normas constitucionais (STRAUSS, 2010).

Sunstein (2016) propõe um meio termo entre as teorias que defendem a atualização da Constituição e a que defende a inalterabilidade de seus princípios, por meio dos precedentes. Ele sustenta que, muitas vezes, elementos de ambas as teorias aparecem em uma mesma decisão da Suprema Corte Americana, e utiliza exemplos em que um dos originalistas mais notórios, Antonin Scalia, rejeita a ideia de que a manutenção dos princípios originais impede a evolução do direito. Strauss (2010) também faz referência à afirmação de Antonin Scalia em que disse ser originalista, mas não louco².

Strauss (2010) pontua que a principal preocupação dos críticos da *Living Constitution* seria não dar um cheque em branco para juízes e outros intérpretes. Mas aduz que o sistema da *Common Law*, por séculos, restringiu a atuação dos juízes de forma mais efetiva do que as concepções originalistas. A lei emerge de um processo de evolução desenvolvido mediante os precedentes, e o juiz que se depara com um

² No original: "I'm an originalist — I'm not a nut".

caso deve observar as decisões anteriores em casos semelhantes para encontrar a solução. Quando os precedentes não forem claros em apontar uma solução, por não guardarem similitude com o caso atual, o juiz decidirá com base em seus pontos de vista, da forma que entender mais justa ou melhor para a sociedade.

Desse modo, utilizando como referência os precedentes conforme o *stare decisis*, o Tribunal pratica um controle de mutabilidade interpretativa constitucional, assegurando que as alterações do sentido constitucional sejam subsidiadas pelo processo histórico de ressignificação da Constituição. Sendo assim, pratica-se uma corrente hermenêutica híbrida, atualizando a Constituição, mas preservando os seus princípios (VIEIRA; CARVALHO; ANDRADE, 2018).

Embora tais doutrinas tenham sido desenvolvidas pensando no sistema da *Common Law*, na essência, compartilham as mesmas preocupações externadas no direito brasileiro. Como tal, as concepções por ela desenvolvidas podem auxiliar nos debates travados em torno da atuação judicial como conformador de lacunas do ordenamento jurídico.

Ao tratar da compatibilidade entre a norma constitucional escrita e a realidade social, Callejón (2014) afirma que a proliferação de categorias normativas e de princípios estruturadores do sistema jurídico não foi sempre acompanhada do necessário desenvolvimento dogmático e das técnicas imprescindíveis para assegurar a correta interpretação das novas estruturas dos velhos ordenamentos.

Segundo o referido autor, rompeu-se ainda com o monismo como disciplina das fontes, que era um reflexo do modelo anterior, expressado na concentração do poder político nos grupos sociais que haviam conseguido promover a transição ao mundo moderno e à implantação do constitucionalismo. A exigência de certos requisitos para a produção legislativa e a previsão de representatividade territorial supunham uma redistribuição do poder de produção normativa para outros grupos sociais, o que promoveria uma garantia política de democracia constitucional (CALLEJÓN, 2014).

Entretanto, a garantia jurídica dessa democracia constitucional seria estabelecida pela determinação das relações entre as várias fontes que expressam uma diversa potencialidade normativa e pela sujeição aos limites constitucionais. Essa sujeição articula-se por meio da jurisdição constitucional, não somente mediante a aplicação do direito, mas também pela sua produção (CALLEJÓN, 2014).

A jurisdição constitucional não deve ser encarada apenas como um elemento do sistema de medidas técnicas, cuja finalidade é assegurar o regular exercício das funções estatais, quer criem ou executem direitos. Ao contrário da perspectiva do controle concentrado ou difuso clássico, que localiza a possibilidade desse controle sobre os órgãos que o exercem ou podem fazê-lo, há de se deslocar a perspectiva para o interessado no provimento jurisdicional ou, em outras palavras, para aquele que se vê afetado pelos efeitos da decisão judicial (CHAI, 2007).

Assim, a jurisprudência constitucional, entendida como doutrina ou interpretação da Constituição e do resto do ordenamento, está contida na fundamentação de todas as decisões que resolvem processos constitucionais e são consideradas fonte do direito. É uma das formas em que se retrata o ordenamento jurídico, procedendo a modificação e a inovação das normas jurídicas preexistentes (REVORIO, 2009).

3. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO UTILIZADOS NA APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

A respeito da interpretação da norma realizada pelo poder judiciário, Kelsen (2006, p. 387) explica o seguinte: “quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar essas normas”. A interpretação, portanto, seria uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir. Na hipótese da interpretação da lei, deve-se responder à questão de saber qual o conteúdo que há de se dar à norma individual contida em uma sentença (KELSEN, 2006).

Dessa forma, a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a que ocorre entre a Constituição e a Lei, ou a Lei e a Sentença Judicial, é caracterizada por uma determinação ou vinculação:

Essa determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através da qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. (KELSEN, 2006, p. 388).

Kelsen (2006), então, afirma que, na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por meio de uma operação de conhecimento) combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador efetua uma escolha

entre as possibilidades reveladas mediante aquela mesma interpretação. Com esse ato, ou seria produzida uma norma de escalão inferior ou seria executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicada. Prossegue sustentando:

A interpretação feita pelo órgão aplicador do direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando essa interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto, mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. (KELSEN, 2006, p. 394).

Segundo Hesse (1998), se a Constituição não contém um sistema concluído e uniforme, lógico-axiomático ou hierárquico de valores e a interpretação de suas normas não só pode estar na assimilação de algo determinado, então ela requer um procedimento de concretização. Nesse avanço “tópico”, limitado normativamente, devem ser achados e demonstrados pontos de vista dirigentes que, no caminho da *inventio*, são buscados para fundamentar a decisão da forma mais convincente possível. Se esses pontos de vista contêm premissas materialmente apropriadas e férteis, possibilitam deduções que conduzem à resolução do problema ou, pelo menos, contribuem.

Müller (2005) afirma que o teor literal de uma prescrição jurídica é apenas a ponta descoberta do *iceberg*, que, depois de interpretado, se transforma no programa da norma, que seria parte do processo de concretização. Além do texto, a norma constitucional compreende o domínio normativo, que é um pedaço da realidade social recortado e limitado pelo programa normativo, objeto da segunda parte do processo parcial de concretização (CARVALHO, 2008).

A concretização normativa deve levar em conta duas espécies de elementos de concretização, aqueles resultantes da interpretação do texto da norma e os resultantes da investigação do domínio normativo, que constitui os dados reais afetados pela disposição da norma. É importante destacar que a análise do programa normativo e a análise do domínio normativo não são dois processos parciais e separados dentro do processo de concretização (CARVALHO, 2008).

Enquanto uma teoria da (norma) jurídica não incluir inteiramente na investigação da estrutura da norma a estrutura da “coisa” normatizada, a norma no fundo sempre confrontar-se-á ao “ser” como um “dever-ser”; será concebida como uma estrutura autônoma e independente da realidade, uma estrutura que está em conexão com a realidade apenas de modo genericamente teórico-jurídico, mas que em suas especificidades, e bem assim para os problemas metódicos, permanece em aberto (MÜLLER, 2008, p. 106).

O autor alemão afirma que a metódica estruturante analisa as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso. Ela apreende a hierarquia igual de elementos do programa e do âmbito da norma; procura desenvolver meios de um trabalho controlável de decisão, fundamentação e representação das funções jurídicas (MÜLLER, 2008).

Como a Constituição quer ser atualizada, mas as possibilidades e condições históricas dessa atualização se transformam, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se buscar a solução que proporcione a maior eficácia possível ao ordenamento. Com a interpretação conforme a Constituição, uma lei não deve ser declarada nula, quando ela admite uma interpretação compatível com texto constitucional ou quando há um conteúdo ambíguo ou indeterminado a ser estabelecido pela interpretação (HESSE, 1998).

A interpretação conforme a Constituição pode abrir espaço para a criação de outros direitos na medida em que, por exemplo, reconhece a correção de certa limitação imposta por uma norma ou estende o alcance a uma situação que não conste expressamente no texto legal. É um dos princípios de interpretação que mais tem sido utilizado na tarefa de adequar dispositivos legais às necessidades contemporâneas de proteção jurídica.

Outra teoria relevante para a interpretação constitucional é a desenvolvida por Rudolf Smend. O método integrativo de interpretação foi desenvolvido por ele e outros juristas alemães, que definem a Constituição como a ordenação jurídica da dinâmica em que se desenvolve a vida do Estado. Uma das premissas do seu método é a de que a interpretação da Constituição é uma compreensão global da regulação e dos fins constitucionais. Para tanto, é indispensável que se atenda à enorme capacidade autotransformadora e supletiva das lacunas constitucionais (CARVALHO, 2008).

Segundo o autor alemão, o Direito Constitucional é um conglomerado de normas e institutos. O intérprete deve ser capaz de reconhecer, no texto constitucional, desde partes iniciais, como o preâmbulo e disposições que versam sobre assuntos

relativos ao Estado, até conteúdos a serem considerados no momento da interpretação. Tais normas não tratam de um objeto estático, mas sim de um processo que modifica a realidade continuamente, a qual deve ser integrada politicamente. Para ele, o intérprete deve se ater sempre à realidade da vida, à concretude da existência, e a interpretação deve permitir a extração dos mais diversos sentidos conforme a época e as circunstâncias (SMEND, 1985).

As teorias que formam a Hermenêutica moderna têm uma grande preocupação com a possibilidade de se extrair do texto interpretado um conteúdo capaz de ter eficácia diante das necessidades impostas pelas inovações sociais. Essa flexibilidade é essencial para que as Cortes consigam atribuir um sentido em conformidade com as exigências dos casos propostos. Em tese, as lacunas deixadas pelos textos normativos são situações que, a princípio, já deveriam ter sido alcançadas pelo âmbito normativo de algum dispositivo. A própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 4º, afirma que, caso a lei seja omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Com isso, seria possível depreender que todas as situações que viessem a ocorrer estariam regulamentadas pelo ordenamento. Ocorre que, em diversos casos, há falta de certeza quanto à incidência e, até mesmo, existência de determinada norma instituidora de direito, o que torna o Judiciário, na maioria das vezes, a única instância apta ao esclarecimento dessas questões.

4. SENTENÇAS INTERMEDIÁRIAS

As cortes constitucionais formularam técnicas de decisão que, expressa ou veladamente, importam no reconhecimento de algum papel criativo dos tribunais. A necessidade de tutela dos direitos fundamentais e de princípios constitucionais, como a segurança jurídica e a igualdade, demonstrou que nem sempre a melhor solução é o afastamento da norma inconstitucional. A simples retirada do ordenamento poderia acarretar situação mais danosa à sociedade (RAMOS NETO, 2009).

Diante disso, passou-se a adotar uma mitigação do binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade, como efeito da incompatibilidade da norma com o texto constitucional, na medida em que o interesse público decorrente da sanção da nulidade precisa harmonizar-se com outros interesses tutelados pela ordem jurídica. Com isso, surgiu a ideia de que há uma via intermediária no reconhecimento

da inconstitucionalidade das leis que ensejará o uso das decisões com caráter manipulativo (RAMOS NETO, 2009).

A expressão “sentenças intermediárias” surgiu em 1987, no VII Congresso de Tribunais Constitucionais Europeus. Essas sentenças podem ser definidas como aquelas em que o órgão julgador deixa de lado o binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade para julgar, considerando fatores políticos, econômicos, sociais e jurídicos (SAMPAIO, 2001).

Assim, o direito brasileiro passou a relativizar, com temperamento, o dogma da nulidade da norma considerada inconstitucional. Em certas situações concretas, a decisão pela inconstitucionalidade com retroatividade plena pode causar mais problemas. Por conta disso, o STF tem adotado técnicas de decisão intermediária, por meio das quais produz comandos que se colocam entre a declaração de inconstitucionalidade da norma e o reconhecimento da constitucionalidade da lei (BARROSO; MELLO, 2019).

No que se refere à sua força criativa e inovadora, essas decisões intermediárias podem assumir a natureza de decisões interpretativas ou de decisões construtivas, também conhecidas como manipulativas ou *decisioni manipolative* do direito italiano. A distinção seria de acordo com o *quantum* de inovação produzida no direito (CLÈVE, 2000). Nesse sentido, consoante Barroso e Mello (2019, p. 300):

As decisões interpretativas são aquelas em que o Tribunal atribui ou afasta um significado ou uma incidência que poderia ser extraída do programa normativo da lei, tal como positivado pelo legislador. Nesse caso, o intérprete determina, entre as interpretações possíveis, a que melhor efetiva o disposto na Constituição, ou suprime significados inconstitucionais. As decisões construtivas (manipulativas), a seu turno, atribuem aos dispositivos interpretados significados que não podem ser diretamente extraídos do programa normativo da lei, procurando ampliar ou modificar o seu conteúdo e alcance, a fim de compatibilizá-lo com a Constituição.

Barroso e Mello (2019) justificam a preferência por “construtivas” em razão da possibilidade de o termo “manipulativo” ser empregado no sentido de deformar o conteúdo da lei ou de induzir a uma compreensão que não é a mais fiel ao seu significado. Desse modo, tal conotação pode ser considerada bastante negativa, por sugerir um comportamento ardiloso do julgador, o que, obviamente, não faria com que a técnica fosse vista com bons olhos.

Fernandes (2018) destaca que as sentenças manipulativas podem ser de dois tipos: as de efeito aditivo e as substitutivas. As sentenças de efeito aditivo seriam

aquelas nas quais se declara que a norma é inconstitucional por insuficiência do conteúdo. Em razão disso, sua inconstitucionalidade não resulta na extirpação do ordenamento jurídico, ocorrendo uma ampliação do conteúdo dessa norma e do seu âmbito normativo, de modo que passa a ser constitucional em virtude de seu alargamento. Já as sentenças substitutivas seriam aquelas em que o Poder Judiciário entende que a norma é inconstitucional, por ser inadequada, e, por conta disso, a substitui por outra que ele próprio entende adequada.

As sentenças aditivas se caracterizam ainda por buscar alcançar situações possivelmente postas de lado pelo legislador ordinário, de modo que alargam a incidência de uma disposição legislativa, indo além do que estava originalmente previsto. A norma de insuficiente passaria a ser suficiente, tratando-se de verdadeira ação legislativa (FERNANDES, 2018). Explicando melhor:

Essas sentenças também são chamadas de aditivas de mecanismo ou de sentenças de delegação. São sentenças que, em virtude de omissões legislativas, traçam uma diretriz da norma ou um princípio a ser introduzido, deixando para o legislador a tarefa de legislar sobre a questão, via de regra, dentro de um prazo determinado. Nesses termos, em virtude de inércia legislativa o juiz constitucional prolata a omissão (reconhecendo-a) e determina uma diretriz a ser seguida pelo legislador na elaboração da nova e necessária normatividade. (FERNANDES, 2018, p. 1688-1689).

Nesse contexto, não sendo mais suficientes para atender às necessidades para uma tutela jurisdicional eficiente no âmbito do controle de constitucionalidade, as sentenças intermediárias, especialmente as aditivas, se tornaram importante instrumento de efetivação dos julgamentos proferidos pelo STF. Dessa forma, sua flexibilidade permite um amplo espectro de decisão da Corte, o que permite uma maior adaptação às exigências do caso concreto.

5. MECANISMOS UTILIZADOS PELO STF NAS DECISÕES CONSTRUTIVAS DE DIREITOS

Tendo que decidir para além do binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade, o STF, em diversas oportunidades, adotou as chamadas decisões construtivas (manipulativas), em conjunto com outras técnicas de decisão, como a interpretação conforme a Constituição.

Em muitos casos, até mesmo a atribuição de uma interpretação em conformidade com a Constituição não foi suficiente para conceder uma tutela adequada. O perfil das ações levadas à Suprema Corte brasileira vem, cada vez mais,

exigindo soluções construtivas, que dependem de verdadeiras inovações no nosso ordenamento jurídico.

Houve situações em que a declaração conforme a Constituição apenas viabilizou a criação de um direito, tendo em vista que, por si só, não seria capaz de atender ao pedido formulado inicialmente, como ocorreu no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.275/2018 — objeto de análise no próximo tópico.

Por um lado, o que se tem observado é que até mesmo as construções doutrinárias que sempre proporcionaram uma mudança nos paradigmas do controle de constitucionalidade ganharam novas formas de aplicação em alguns julgados recentes do STF. Por outro lado, a tensão básica entre os autores que defendem uma decisão judicial sensível ao diálogo institucional é de grau, pois alguns entendem que esse diálogo deve acontecer em maior extensão e outros, em menor. Assim, há doutrinadores que têm preferência por atuações passivas e minimalistas, enquanto outros optam por uma intervenção ativa e maximalista.

A complexidade de muitas dessas decisões faz com que uma escolha entre constitucionalidade e inconstitucionalidade não seja suficiente para solucionar o caso apresentado. Ainda que se opte por uma das duas opções, há diferentes intensidades na forma de fazê-lo. Tais julgados dão sinalizações ao legislador, sendo mais do que uma estrita interpretação jurídica, constituindo verdadeiro juízo sobre até que ponto a Corte pode e deve interferir (MENDES, 2011).

Nesse ponto, a questão posta poderia, em tese, ser solucionada por meio do diálogo institucional:

Além das nuances e versões das diferentes teorias do diálogo, deve-se perceber o que elas têm em comum e como contrastam com teorias da última palavra. [...] Dividem-se em duas categorias gerais. A primeira propõe uma teoria da decisão judicial que leve em conta a interação com o legislador. Não se trata propriamente de um método de interpretação, mas de uma demanda de que a corte reconheça e participe do diálogo. [...] A segunda define o diálogo como produto necessário da separação de poderes, uma decorrência do desenho institucional, não necessariamente da disposição de qualquer dos poderes para “dialogar”. (MENDES, 2011, p. 107).

Além disso, Mendes assinala que a Corte pode optar por não decidir e lançar mão de uma série de “técnicas de não decisão”, chamadas por Alexander Bickel de “virtudes passivas”. Seriam ferramentas processuais por meio das quais o Tribunal evita emitir a sua opinião sobre o caso, pois ele não está obrigado a legitimar tudo aquilo que não considere inconstitucional. Segundo Bickel, citado por Mendes (2011), a

Corte deve tentar persuadir antes de coagir, encontrar uma acomodação tolerável entre as demandas do princípio e da conveniência.

Sunstein, também citado por Mendes (2011), conferiu às ideias de Bickel um contorno teórico mais refinado, batizando a sua teoria da revisão judicial de minimalismo, que seria a prática de dizer não mais que o necessário para justificar o resultado e deixar o máximo possível não decidido. Essa teoria evita o maximalismo, que seria a atitude de decidir em todo caso tudo que pode ser decidido.

Além dessas, outras teorias foram e vem sendo desenvolvidas, visando a defender que as Cortes adotem o diálogo institucional, ao invés de agirem como protagonistas, alargando o sentido da Constituição para criar novos direitos.

No tópico seguinte, o artigo analisa alguns casos concretos decididos pelo STF nos últimos cinco anos. Os precedentes analisados foram escolhidos por tratarem de direitos de minorias. Conforme mencionado, grupos como presidiários, transexuais, mulheres em determinadas condições acabam, muitas vezes, sendo preteridos do processo de reconhecimento de direitos por via do Poder Legislativo, restando o recurso ao Judiciário.

Desse modo, o estudo verifica em que medida as concepções advogadas pelas teorias mencionadas vêm sendo aplicadas ou não pelo STF, na apreciação de certos casos.

5.1. DIREITO À MUDANÇA NO REGISTRO CIVIL FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI

Na ADI nº 4.275, o STF enfrentou questão relativa à possibilidade de alteração de nome e gênero no registro civil por transexual. O artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 determina que “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios” (BRASIL, 2018a, p. 5). Em muitos casos, o dispositivo foi utilizado, por magistrados, para afastar o direito à mudança de prenome e gênero averbados relativamente a transexuais.

A controvérsia submetida à Suprema Corte consistia em definir se seria possível a modificação de prenome e gênero de transexual no registro civil, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, harmonizando a interpretação do artigo 58 com a Constituição Federal (BRASIL, 2018a).

Foi acolhido o pedido de atribuir interpretação, conforme a Constituição, do artigo 58 para autorizar o transexual a alterar tanto o seu prenome como o seu gênero

no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização. O relator, ministro Marco Aurélio Melo, em seu voto, consignou que:

É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa. Cabe a cada qual trilhar a respectiva jornada, arcando com a responsabilidade imposta pela própria consciência, na busca pelos objetivos que se propôs a cumprir. Conseqüência lógica desse raciocínio é a autorização da mudança no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização. (BRASIL, 2018a, p. 13).

Já o ministro Edson Fachin afirmou que o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. Assinalou, ademais, que a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana, e, como tal, caberia ao Estado apenas o papel de reconhecê-la e nunca a constituir (BRASIL, 2018a).

O Tribunal acolheu a tese sustentada de que há um direito fundamental à identidade de gênero, inferido dos princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), da igualdade (artigo 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (artigo 3º, IV), da liberdade (artigo 5º, *caput*) e da privacidade (artigo 5º, X) (BRASIL, 2018a).

O ministro Fachin também fez expressa menção à utilização de uma decisão manipulativa, o que, a rigor, implicaria o preenchimento de uma lacuna do ordenamento:

Ademais, a técnica decisória objeto do pedido desta ação direta, embora se afaste do tradicional conceito de interpretação conforme, segundo o qual a interpretação deve ficar adstrita aos limites da intenção legislativa, não é inédita nesta Corte. Com efeito, a interpretação conforme pode implicar o deferimento de “decisão manipulativa de efeito aditivo”, como, de resto, já reconheceu o Tribunal, quando do julgamento da ADPF 54 p.24-25 (BRASIL, 2018a, p. 27).

Mais adiante, o ministro prosseguiu a fundamentação com base no argumento de que o reconhecimento da identidade de gênero, pelo Estado, seria de vital importância para assegurar o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas trans e que, por isso, teria que assegurar a todos os indivíduos a possibilidade de viver com a mesma dignidade e respeito (BRASIL, 2018a). Portanto, a permissão para a alteração do registro civil deve ser fundada unicamente no consentimento livre e informado do solicitante, sem a necessidade de apresentação de certificações médicas ou

psicológicas ou outras que sejam irrazoáveis ou patologizantes (BRASIL, 2018a).

De acordo com o voto do ministro Marco Aurélio deveriam permanecer nos registros informações relativas às mudanças realizadas. Entretanto, o ministro Fachin abriu divergência nesse ponto, sendo acompanhado pela maioria para determinar que as informações não fazem remissões a qualquer alteração (BRASIL, 2018a).

A decisão consignou ainda que a identidade de gênero, por ser manifestação da própria personalidade da pessoa humana, implicaria a obrigação do Estado de reconhecê-la, mas não de constituí-la. Diante disso, caberia apenas o reconhecimento, sendo vedado exigir ou condicionar a livre expressão da personalidade a um procedimento médico ou laudo psicológico (BRASIL, 2018a).

O dispositivo do acórdão foi no sentido de dar interpretação, conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica, ao artigo 58 da Lei nº 6.015/1973, de modo a reconhecer aos transexuais o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes (BRASIL, 2018a).

Nesse caso, expressamente, o STF afirmou que estava reconhecendo aos transexuais o direito à substituição de prenome e gênero, diretamente no registro civil. Mediante a utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição, ao artigo 28 da Lei de Registros Públicos, foi proferida uma sentença aditiva, a qual inferiu um novo direito, até então não previsto expressamente pelo ordenamento jurídico.

5.2 O DIREITO À PRISÃO DOMICILIAR NOS CASOS DE INSTALAÇÕES INADEQUADAS PARA O CUMPRIMENTO DE PENA

O STF reiteradas vezes vem decidindo a respeito do direito à prisão domiciliar em hipóteses não previstas em lei. Em tais casos, os pedidos geralmente são fundamentados com base no estado de saúde do preso e na impossibilidade de permanecer no cárcere. O Código de Processo Penal traz a previsão de prisão domiciliar humanitária no artigo 318, II, para os casos de custódia preventiva.

No Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) nº 94.358/Santa Catarina, a Suprema Corte apreciou recurso ordinário ajuizado pelo Ministério Público Federal contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem pleiteada em favor de paciente condenada à pena de 10 anos e 4 meses por tráfico de drogas, portadora de cardiopatia hipertensiva, que requeria prisão domiciliar em razão do seu

estado de saúde. Na decisão, observou que a diretriz jurisprudencial, que reconhece o direito à prisão em regime domiciliar, apoia-se no postulado da dignidade da pessoa humana, o qual representa significativo vetor interpretativo que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional (BRASIL, 2008).

No Habeas Corpus (HC) nº 152.707 – Medida Cautelar/Distrito Federal (MC/DF), em sede liminar, restou consignado, pelo ministro Dias Toffoli, relator, que, mesmo nos casos de prisão-pena, definitiva, estando presente o fundamento humanitário, dever-se-ia conceder o direito à prisão domiciliar. Além disso, ressaltou o ministro que, embora a Lei de Execuções Penais permita a concessão de prisão domiciliar apenas para os casos de presos em regime aberto, por força do postulado da dignidade humana, o estado de saúde grave permitiria a concessão do direito à prisão domiciliar quando demonstrado que o paciente necessite de tratamento incompatível com a segregação prisional (BRASIL, 2018b).

Em outro caso, no Recurso Extraordinário nº 641.320/Rio Grande do Sul, tratou da hipótese em que o indivíduo preso obtém o direito à progressão de regime prisional, sem que haja vagas na estrutura prisional para acolhimento no regime menos gravoso. Diante disso, a jurisprudência trabalhava com duas hipóteses para solucionar a questão: o preso seria mantido no regime mais gravoso ou seria colocado no mais brando. No julgamento, foi reconhecido direito à prisão domiciliar fora das hipóteses previstas em lei. A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul afirmou que, no caso, houve apenas interpretação dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, questionando se o envio do apenado para a prisão domiciliar não seria a própria criação de um novo direito, e não apenas a aplicação de um já existente.

Após expor os diversos problemas do sistema prisional, o voto do relator consignou uma série de apelos aos demais Poderes e, ao mesmo tempo, sugestões de medidas a serem tomadas:

Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas [...]. (BRASIL, 2015, p. 2).

A Suprema Corte mencionou expressamente que proferiu decisão de caráter aditivo:

[...] Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas [...]. (BRASIL, 2015, p. 2).

Nesse ponto, aplicou a interpretação conforme a Constituição:

[...] Estabelecimento de interpretação conforme a Constituição para (a) excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar 79/94; b) estabelecer que a utilização de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da Lei Complementar 79/94. [...] Igualmente, não se dispensa a verificação dos requisitos subjetivos para a progressão. Atualmente, a lei prevê que o sentenciado deve “ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento” – art. 112 da Lei 7.210/84. A jurisprudência permite o aprofundamento da investigação do merecimento e da aptidão do sentenciado para o benefício. Nesse sentido, pode-se determinar a realização do exame criminológico, a despeito da sua revogação pela Lei 10.792/03 – Súmula Vinculante 26 e Súmula 439 do STJ. (BRASIL, 2015, p. 3-16).

Vale dizer que o próprio relator havia pontuado a necessidade de uma decisão que promovesse alterações no ordenamento jurídico:

Mas é preciso avançar. Precisamos ser criativos para buscar soluções além dos casos concretos e das ferramentas tradicionais. Para isso, temos que adotar decisão de caráter plástico, que sirva de plataforma para adequação da realidade aos direitos afirmados pela Constituição e pelas leis. O ponto principal quanto à técnica de decisão a ser manejada nesta ação é a possibilidade de o STF adotar decisão que modifica o conteúdo do ordenamento jurídico. (BRASIL, 2015, p. 25).

Nesse julgado, além de admitir expressamente a possibilidade de alterar o ordenamento jurídico, criando direito não expresso na legislação, o STF atuou de forma a promover o diálogo institucional entre os Poderes. A Corte provocou o Legislativo mediante a formulação de uma série de proposições, adotando, em grande parte, uma posição *self-restraint*, pois identificou uma série de problemas estruturais a serem resolvidos por meio de ações dos demais Poderes. Sinalizou uma busca de alternativas para preencher as lacunas do ordenamento, fora do alcance decisório, instando a atuação dos demais Poderes a agir de maneira a adotar as providências

que entendia pertinentes para a realização de direitos.

5.3. DIREITO DE LICENÇA À GESTANTE EM HIPÓTESES NÃO PREVISTAS EM LEI

Sobre o tema do direito à licença para a gestante fora das hipóteses previstas expressamente na lei, foi ajuizada a ADI nº 6.327, depois recebida como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo Tribunal Pleno. Teve-se como objetivo dar interpretação, conforme à Constituição, ao artigo da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para colocar, como marco inicial da licença maternidade, a alta médica da mãe ou do recém-nascido, o que ocorrer por último. O relator, ministro Edson Fachin, concedeu a medida liminar acolhendo o pedido (BRASIL, 2020a).

Em seu voto, o relator acentuou que:

Entre a autocontenção e a discricionariedade/ativismo judicial existe uma margem de normatividade a ser conformada pelo julgador dentro dos limites constitucionais. Essa margem ganha especial relevância no tocante à efetivação dos direitos sociais, que, como se sabe, exigem, para a concretização da igualdade, uma prestação positiva do Estado, material e normativa. (BRASIL, 2020a, p. 14).

A decisão reconheceu a existência de omissão legislativa parcial relativa, que se caracteriza por excluir, do seu âmbito de incidência, determinada categoria que nele deveria estar abrigada, privando-a de um benefício, em violação à isonomia e deixando o ato impugnado de prever o alcance do dispositivo a outras categorias (BRASIL, 2020a).

O voto destacou ainda que o direito à licença-maternidade evoluiu de um direito de proteção ao ingresso das mulheres no mercado de trabalho para um direito materno-infantil, de proteção às crianças e do direito à convivência destas com suas mães (e pais), e vice-versa. A decisão reconheceu que subsiste omissão legislativa quanto à proteção das mães e crianças internadas após o parto, a qual não encontra critério discriminatório racional e constitucional. Por conta disso, tal omissão poderia ser conformada judicialmente (BRASIL, 2020a).

O julgamento liminar considerou, então, que a alta é o momento que inaugura o período abrangido pela proteção constitucional à maternidade, à infância e à convivência familiar. Dessa forma, conferiu interpretação, conforme a Constituição, ao artigo 392, § 1º, da CLT, bem como ao artigo 71 da Lei nº 8.213/1991, para assentar a necessidade de prorrogar o benefício, além de considerar, como termo inicial da licença maternidade e do respectivo salário maternidade, a alta hospitalar do recém-

nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último (BRASIL, 2020a).

Já o ministro Gilmar Mendes entendeu que, de fato, havia omissão do legislador na proteção do direito constitucionalmente assegurado à mulher e à criança de conviverem por 120 dias em ambiente doméstico e fora do contexto hospitalar. No entanto, sustentou que a Corte não poderia se afastar do disposto no artigo 195, §5º, o qual exige a indicação de uma fonte de custeio à concessão de um benefício previdenciário (BRASIL, 2020a).

Por conta disso, o ministro Gilmar julgou que a questão constitucional não reclamaria uma interpretação conforme a Constituição, mas a aplicação da técnica da inconstitucionalidade por omissão dos artigos 392, § 1º, da CLT; 71, da Lei nº 8.213/1991; e 93, § 3º, do Decreto nº 3.048/1999, por arrastamento, mas sem a pronúncia da nulidade. Ainda assim, acompanhou o relator, ministro Fachin, justificando que se tratava de medida cautelar e que reconhecia a proteção insuficiente dos dispositivos impugnados no tocante ao direito em questão (BRASIL, 2020a). O plenário do STF, por maioria, referendou a liminar deferida, a fim de conferir interpretação conforme à Constituição.

No Recurso Extraordinário nº 1.211.446/São Paulo, o STF reconheceu a repercussão geral da matéria referente à licença maternidade, em caso de união homoafetiva feminina. Na hipótese, o recurso contesta decisão confirmada em segunda instância que assegurou o direito de licença maternidade à servidora pública, cuja companheira, trabalhadora autônoma, engravidou mediante fertilização em laboratório (BRASIL, 2020b).

Embora a tese tenha sido acolhida em duas instâncias, ainda pende de análise sob o regime da repercussão geral quando deve ser definitivamente resolvida, não se podendo ainda falar em consolidação do entendimento. Mas sendo a decisão pela manutenção do entendimento firmado nas instâncias superiores, a Corte mais uma vez estará suprindo uma lacuna do ordenamento, reconhecendo que a posição jurídica das autoras é digna de proteção.

Em todos esses casos, observou-se a utilização de técnicas de julgamento e interpretação diversas, com a Corte decidindo algumas questões e promovendo uma adição ao ordenamento jurídico e, em outros casos, reconhecendo limites à sua própria atuação e conclamando os demais Poderes a atuarem.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato de que as transformações sociais serão ininterruptas faz com que sempre novas relações sociais sejam constituídas. Tais relações podem possuir particularidades jamais previstas por parte dos responsáveis pela elaboração das normas que devem reger tais situações. A constatação de mudanças, em parâmetros antes consolidados, pode ocorrer em razão da evolução das relações sociais em geral, mas, principalmente, pela evolução da ciência.

Diante desse quadro, sempre estarão surgindo conflitos, situações que necessitam da tutela da Constituição e das leis infraconstitucionais, as quais, por sua vez, sempre poderão apresentar lacunas. Mesmo para aqueles que acreditam que a legislação não possui esses espaços vazios, é necessário, pelo menos, o reconhecimento, a declaração, a revelação de que aquela situação posta é merecedora de uma proteção jurídica. Portanto, o papel do Poder Judiciário mostra-se imprescindível para, de alguma forma, saná-la.

Nos casos analisados, é possível constatar que, nas vezes em que o STF adotou uma postura mais passiva, o fez parcialmente, deixando de reconhecer que outros pontos colocados em questão necessitavam da devida atenção por parte dos Poderes. Desse modo, ao optar por não decidir, a Corte adotou claramente uma postura provocadora de um diálogo entre os Poderes, visando a apresentar uma solução ao caso concreto.

Observou-se que tal postura foi adotada em relação àquelas hipóteses em que há deficiências estruturais, ocasionadas por faltas de medidas de natureza política, legislativa e administrativa. Nesses casos, entende-se que a Corte, ao verificar a natureza demasiadamente complexa desse tipo de medida, reconheceu que o recurso a sentenças construtivas não seria suficiente para alterar o estado de coisas apresentado.

Já nos casos em que a solução apresentada passava pelo reconhecimento ou pela construção de um direito no plano formal, a Corte adotou posição mais ativa, como nas lides sobre o direito à alteração do registro civil, o direito à prisão domiciliar humanitária para presos condenados à prisão em regime fechado e semiaberto e o direito à licença gestante em hipóteses não previstas em lei. Ainda que se considere correta a afirmação de que se está apenas instrumentalizando um direito que já seria

intrínseco às disposições do ordenamento jurídico, principalmente principiológicas, em alguns casos esse instrumento também pode ser tomado como um direito em si, por possuir uma determinada autonomia em relação ao preceito dentro do qual estaria inserido.

Dessa forma, os direitos em geral, com o seu caráter de historicidade, estão em permanente processo de construção. Por mais que se entenda que o direito à alteração do registro civil, referente ao nome e ao gênero, seja algo decorrente do princípio da dignidade humana, fica evidente que havia a falta de alguma etapa no processo de construção desse direito que permitisse a sua consolidação. Essa última etapa pôde perfeitamente ser realizada pela ação do Poder Judiciário. Após esse momento, o direito passa a valer para todos os indivíduos.

A decisão judicial ultima a criação do direito de forma semelhante ao que faz o Legislativo, quando aprova uma lei. Isso, porque toda disposição legal também encontra o seu fundamento dentro da ordem jurídica como um todo. Os juízes e tribunais inferiores podem criar direitos para resolver casos concretos. Enquanto guardião da Constituição, atuando para realizar mandamentos constitucionais, o STF, por sua vez, infere a necessidade de criar direitos a partir do próprio sistema constitucional.

Ante todo o exposto, verificou-se que, mesmo em sede liminar, os argumentos expostos nas decisões passam a integrar uma doutrina constitucional, de modo a influenciar debates posteriores, possibilitando o amadurecimento de questões jurídicas. Constatou-se também que a Suprema Corte abandonou limitações impostas por dicotomias que impunham alternativas restritas como constitucionalidade/inconstitucionalidade, para adotar, de maneira flexível, posturas e instrumentos que vem entendendo ser adequados para a resolução dos casos trazidos para o seu julgamento.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais: técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun. 2019. Disponível em: <http://ajuris.kingghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1049>. Acesso em: 6 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 94.358/Santa Catarina**. “Habeas Corpus” – Recurso ordinário – Paciente

recolhida ao sistema penitenciário local – Precário estado de saúde da sentenciada, idosa, que sofre de grave patologia cardíaca, com distúrbios neuro-circulatórios – Risco de morte iminente – [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de abril de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5465010>. Acesso em: 27 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 641.320/Rio Grande do Sul**. Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 2 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275/Distrito Federal**. Direito constitucional e registral. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. Possibilidade. Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. Inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. Relator: Min. Marco Aurélio, 1 de março de 2018a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus 152.707/Distrito Federal**. Relator: Min. Dias Toffoli, 28 de março de 2018b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-autoriza-prisao-domiciliar-maluf.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.327/Distrito Federal**. Referendo de medida cautelar. Ação direta de inconstitucionalidade. Adi. Impugnação de complexo normativo que inclui ato anterior à constituição. Fungibilidade. ADPF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Requisitos Presentes. Conhecimento. Probabilidade do direito. Proteção deficiente. Omissão parcial. Mães e bebês que necessitam de internação prolongada. [...]. Relator: Edson Fachin, 3 de abril de 2020a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343497204&ext=.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.211.446/São Paulo**. Recurso extraordinário. Constitucional. Administrativo. Previdenciário. Repercussão geral. Tema 1072. Licença-maternidade. União homoafetiva. Inseminação artificial. Mãe não gestante. Relator: Min. Luiz Fux, 30 de abril de 2020b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pgr-licenca-maternidade-mae-nao-gestante.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2020.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **A projeção da constituição sobre o ordenamento jurídico**. Trad. Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica constitucional: métodos e**

princípios específicos de interpretação. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 2008.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Casos difíceis e interpretação constitucional. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, España, año 16, n. 31, enero/jun. 2019. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/REDCE31/articulos/03_CARVALHO.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

CHAI, Cássius Guimarães. **Jurisdição constitucional concreta em uma democracia de riscos**. São Luís: Ampem, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodvm, 2018.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. 2. ed. Oregon: Hart Publishing, 2005.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas**. 1. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, DF, ano 3, 2009. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/255>. Acesso em: 15 jul. 2020.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Interpretación de la constitución y justicia constitucional**. México, DF: Porrúa, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del

Rey, 2001. p. 159-194.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1985.

STRAUSS, David A. **The living constitution (inalienable rights)**. New York: Oxford University Press, 2010. *E-book*.

SUNSTEIN, Cass R. Antonin Scalia, living constitutionalist. **Harvard Law Review, Forthcoming**; Harvard Public Law Working Paper, n. 15-16, 2016.

VIEIRA, José Ribas; CARVALHO, Camila Luna de; ANDRADE, Mário Cesar da Silva. A constituição brasileira está viva? Living constitution e a atualização da constituição pelo Supremo Tribunal Federal na questão das uniões homoafetivas. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 42, n. 2, p. 48-75, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/49168/27023>. Acesso em: 20 jul. 2020.

Recebido em 05/03/2021

Aprovado em 30/08/2021

Received in 05/03/2021

Approved in 30/08/2021