



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS LGBT E OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Renan Pinheiro Alves

Rio de Janeiro
2019

RENAN PINHEIRO ALVES

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS LGBT E OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2019

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS LGBT E OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Renan Pinheiro Alves

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o presente artigo busca analisar o pano de fundo histórico e a influência da Constituição Federal de 1988 no processo de judicialização do fenômeno político, culminando na atuação interventora do Supremo Tribunal Federal de exame do exercício discricionário dos demais poderes quanto aos objetivos constitucionais de concretização dos direitos fundamentais e de plena satisfação dos valores sociais. Para adotar um viés menos abstrato e mais pragmático, serão observados os reais efeitos sociais trazidos por decisões que versam especificamente sobre direitos da comunidade LGBT. Por fim, buscar-se-á demonstrar que a atuação supletiva dos magistrados na busca pela integração da norma com a realidade não representa afronta à tripartição harmônica dos poderes, desde que respeitados certos limites e com igual observância do consequencialismo decisório.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Direitos LGBT. Judicialização da política.

Sumário - Introdução. 1. Judicialização e ativismo judicial: o protagonismo do STF no modelo constitucional de 1988. 2. Análise de julgados paradigmas sobre direitos da comunidade LGBT. 3. A compatibilização entre os limites substanciais do ativismo judicial e a efetividade dos direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a crescente atuação do Poder Judiciário, de forma contramajoritária, na ampliação e eficácia direta dos direitos fundamentais de minorias historicamente estigmatizadas, precipuamente a comunidade LGBT. O objetivo do estudo é promover uma releitura da tripartição dos poderes, contrapondo argumentos favoráveis e desfavoráveis ao fenômeno jurídico batizado de ativismo judicial. Para tornar o estudo mais

estrito e efetivo, casos concretos devem ser destrinchados, principalmente em relação aos seus efeitos sobre o Estado e a sociedade.

A sociedade experimenta mudanças sensíveis, como a mitigação do monopólio dos modelos familiares clássicos e, diante da inércia dos demais Poderes, o Judiciário passou a ostentar um maior protagonismo na efetivação dos preceitos constitucionais. Por outro lado, diversas são as consequências jurídicas das decisões da Corte Suprema, o que enseja o debate sobre os limites do papel representativo do Tribunal.

O capítulo inaugural possui um viés histórico, com o objetivo de explicar o panorama atual do processo de judicialização da política, revisitando os últimos 30 anos das instituições nacionais. Desde a promulgação da Constituição Federal vigente, no período de redemocratização do Brasil, diversos seguimentos de juristas e políticos nacionais teceram críticas ao abismo entre as novas garantias e princípios do texto constitucional e a carência de recursos do Estado.

De fato, apesar do enorme avanço dos direitos e garantias individuais experimentados no país, o Estado nunca conseguiu dar plena efetividade às pretensões da “Constituição Cidadã”, tanto pela falta de meios para tanto, mas principalmente pela inércia das instituições. Nesse sentido, reside grande importância no ativismo judicial.

No segundo capítulo, a análise se torna mais concreta, uma vez que os julgados de grande repercussão do Supremo Tribunal Federal figuram como objeto de pesquisa. Além da tecnicidade jurídica, é importante estudar o impacto real de tais decisões nas camadas sociais que tiveram seus direitos fundamentais tutelados. É possível, desta forma, balancear a efetividade social do protagonismo do Judiciário e os desdobramentos controversos de tal ativismo.

Já o terceiro e último capítulo ingressa em terreno arenoso para discutir uma forma de garantir a efetividade dos direitos fundamentais das minorias sem que ocorra usurpação entre os poderes. Nesse momento, é necessário abordar o papel do magistrado como promovedor de transformações sociais e como isso o obriga a expandir sua gama de conhecimento e importar-se com as consequências de suas decisões.

Como metodologia, foi adotada a abordagem qualitativa que toma por base a bibliografia referenciada e jurisprudência aderente à temática. Ao trabalho se aplica o método hipotético-dedutivo para análise do objeto da pesquisa com consequente confronto argumentativo.

1. JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: O PROTAGONISMO DO STF NO MODELO CONSTITUCIONAL DE 1988

No dia 29 de agosto de 1974, Ernesto Geisel¹, ex-presidente da ditadura militar no Brasil, anunciava a distensão lenta, segura e gradual do regime, em um projeto político que defendia “o máximo de desenvolvimento possível com o mínimo de segurança indispensável”. Porém, apenas 12 anos depois, uma Assembleia Nacional Constituinte era eleita, encarregada de elaborar uma nova Carta Constitucional garantidora da democracia no Brasil.

Então, em 1988, foi promulgada a atual Constituição Federal² pátria que, com o intuito de evitar recaídas democráticas, introduziu um texto notadamente extenso e garantidor de direitos e de políticas públicas. O sistema judicial, por sua vez, foi fortalecido pelo amplo acesso à justiça, enquanto o controle de constitucionalidade foi consagrado nas formas difusa e concentrada, sendo a última por meio de ações abstratas de competência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Naquele momento, havia um cenário de discrepância entre a inovadora teoria constitucional e a realidade do Brasil, caracterizada pela democracia fragilizada, crise na economia, inflação e crescimento baixo do PIB, o que promoveu paulatinamente um rearranjo institucional. Isso porque o controle de constitucionalidade das leis pelo STF foi revestido de uma relevância inédita na história nacional, por meio da judicialização da política e do cuidado das importantes questões sociais.

A redemocratização e a constitucionalização abrangente expandiram a Função Judicial, avolumando os anseios por justiça na sociedade brasileira. Com efeito, essa judicialização decorrente do novo modelo constitucional adotado ensejou gradativamente o fenômeno do ativismo judicial, tido como uma participação mais ativa e interferente do Judiciário na interpretação ampliada da Constituição Federal, com o intento de atender as demandas sociais.

Com as crises funcionais e o descrédito popular em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, o Pretório Excelso passou a assumir um papel essencialmente contramajoritário

¹ ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de; SORJ, Bernardo (Orgs.). *Sociedade política no Brasil pós-64*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008, p. 153.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 21 set. 2018.

na definição, conforme asseverado pelo professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos³, da “vontade da Constituição em diversas áreas e sobre temas relevantes da vida política e social do Brasil contemporâneo [...]”.

De igual forma, é possível vislumbrar um papel representativo do Tribunal, que, segundo o Eminentíssimo Ministro do STF, Luís Roberto Barroso⁴, consiste em “atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo”, bem como “integrar a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador”.

À guisa de exemplo, importa citar o “Projeto Supremo em Números”, idealizado pela Fundação Getúlio Vargas, no ano de 2011, no qual a análise de mais de um milhão de processos tramitados no STF revelou, dentre outras conclusões, que os casos de Mandados de Injunção ajuizados por ano saltaram de 49 em 2007 para 745 em 2009. A explicação é que, no referido período, a Corte sedimentou o entendimento de que a prolongada inércia do Poder Legislativo autorizaria a criação de regras provisórias para viabilizar o exercício de direitos fundamentais pendentes de regulamentação⁵.

É importante ressaltar que, do ponto de vista da ciência política, a expansão judicial experimentada pode sofrer críticas por um suposto comprometimento da política representativa e da governabilidade do país. Entretanto, a condição de desassimilação entre a consagração de direitos das minorias em face do planejamento político-orçamentário do Estado não pode ser um impeditivo à persecução da igualdade material, nos termos do texto constitucional. É verdade, entretanto, que a harmonia deve ser igualmente pretendida, pois apenas dessa forma as decisões do Supremo encontrarão eficiência plena no plano fático.

Imperioso, ainda, analisar que a separação dos poderes, sob o prisma do constitucionalismo atual, não pode residir em um conceito meramente formal criado pelo liberalismo, pois se presta a garantir uma colaboração dos poderes para a função precípua de proteção de direitos fundamentais. A doutrina clássica, portanto, deve ser reinterpretada em convergência às mudanças de paradigmas políticos e aos ideais democráticos que permeiam uma sociedade moderna e plural.

³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 2, n. 8, p. 7883, 2013.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 16, n. 1, p. 217-266, 2018. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/494>>. Acesso em: 19 out. 2018.

⁵ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números. O Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, p. 42, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>>. Acesso em: 19 out. 2018.

Nesse sentido, Claudio Ari Mello⁶ afirma que "o princípio da separação dos poderes não é um fim em si mesmo", uma vez que "somente tem sentido se funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e, destarte, não pode ser invocado contra o objetivo de tutela destes direitos".

2. ANÁLISE DE JULGADOS PARADIGMAS SOBRE DIREITOS DA COMUNIDADE LGBT

Para uma acurada percepção da importância do ativismo judicial na materialização dos direitos fundamentais de parcelas sociais historicamente estigmatizadas, é relevante uma análise de casos concretos inovadores. Além disso, tal exercício interpretativo auxilia no entendimento da atuação eminentemente criativa e hermenêutica do magistrado, que rompe com o conceito de positivismo jurídico clássico.

O Tribunal Pleno do STF, nos autos do Recurso Extraordinário (RE) nº 646.721/RS⁷, reconheceu de forma incidental a inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC⁸. Além disso, foi estendida à união estável homoafetiva a mesma proteção jurídica conferida à heteroafetiva, pois, apesar da falta de previsão legal acerca do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, a Constituição Federal garante a todos igualdade e dignidade, independentemente da orientação sexual.

Reconhecendo a repercussão geral do tema, o Supremo ampliou a interpretação de família e superou um conceito reducionista da instituição, presente em um cenário de hiato constitucional, expressão cunhada por Ivo Dantas⁹. Ou seja, a mutação constitucional efetivou um devido reconhecimento de um direito sucessório de uma significativa parcela da população e resolveu um embate entre o conteúdo da norma constitucional originária e a realidade social.

⁶ MELLO, Claudio Ari. Os direitos fundamentais e a teoria discursiva do direito. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 224, p. 274, 2001.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 646.721/RS*. Relator: Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692442&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2018.

⁸ IDEM. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

⁹ DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997, p. 58-59.

Já no julgamento do RE nº 670.422/RS¹⁰, também com repercussão geral, o Plenário do STF fixou a tese de que o transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua designação de gênero no registro civil, averbada à margem do assento de nascimento, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa.

O referido processo ostenta inegável relevância jurídica e social, pois a autodeterminação sexual é um inequívoco exercício dos direitos fundamentais da personalidade e da dignidade da pessoa humana. A possibilidade de retificação do registro civil pelo transgênero brasileiro é forma efetiva de cidadania e traduz uma significativa conquista de uma população que vive no país em que, em números absolutos, mais registra assassinatos de travestis e transexuais no mundo, segundo a ONG Transgender Europe¹¹.

A criatividade da função jurisdicional nesse caso poderia ser criticamente reputada como invasão da atividade legislativa positiva, porém, não se trata de ampliação da competência do Poder Judiciário, mas de exercício de interpretação constitucionalmente autorizado da norma. Isso porque, além dos direitos fundamentais já citados, o relator do processo, ministro Dias Toffoli, adotou como fundamento normativo a Lei dos Registros Públicos¹², que permite a alteração do prenome capaz de submeter seu titular a situações vexatórias.

Ademais, é possível perceber que a postura contramajoritária do Supremo é sensivelmente mitigada pela presença de representantes da sociedade civil na posição de *amicus curiae*, como a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT). No mais, o caráter promocional da decisão justifica a provocação da Corte, pois os esforços legislativos que versam sobre o direito à identidade de gênero, como os Projetos de Lei nº 70/1995, 4.241/2012, 5.002/2013 e 4.870/2016, esbarram em uma bancada conservadora no Congresso Nacional.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 670.422/RS. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=282102545&text=.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2018.

¹¹ TRANSGENDER EUROPE. *Transgender Day of Visibility 2016: Trans Murder Monitoring Update*. 2016. Disponível em: <<https://tgeu.org/transgender-day-of-visibility-2016-trans-murder-monitoring-update>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

¹² BRASIL. Lei nº 6.015/1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 22 fev. 2019.

Cumpra trazer à baila o ensinamento de Mauro Cappelletti¹³, no sentido de que “encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade”.

Acrescente-se, ainda, que, conforme asseverado por Gustavo Tepedino¹⁴:

a personalidade humana mostra-se insuscetível de recondução a uma relação jurídica — tipo ou a um novelo de direitos subjetivos típicos, sendo, ao contrário, valor jurídico a ser tutelado nas múltiplas e renovadas situações em que o homem possa se encontrar a cada dia. Daí resulta que o modelo do direito subjetivo tipificado será necessariamente insuficiente para atender às possíveis situações em que a personalidade humana reclame tutela jurídica.

Ora, é inegável que o juiz também é criador do direito ao precisar nuances do texto legal a fim de buscar, dentre outras medidas, a equidade. Assim, revela-se superada a doutrina montesquieuana de que os magistrados deveriam ser *bouches de la loi* (“bocas da lei”)¹⁵, pois a função jurisdicional não deve ser reduzida à reprodução mecânica das leis editadas pelo Legislativo. Não se trata de uma juristocracia, regime político de excessivo empoderamento judicial cunhado pelo cientista político canadense Ran Hirschl¹⁶, mas de atuação de caráter promocional, de efetividade aos direitos fundamentais.

Ainda sobre o supracitado caso do reconhecimento do direito de modificação do registro civil a fim de retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, independentemente da cirurgia de transgenitalização, o consequentialismo decisório é perceptível em desdobramentos como o enquadramento dessas pessoas na estrutura do sistema da Previdência Social, ou ainda, o seu encarceramento em presídios masculinos ou femininos.

Sobre a última questão, aliás, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 527/DF¹⁷, ainda pendente de julgamento pelo Supremo, debate-se que presas transexuais cumpram pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero com o qual se identificam e que travestis possam optar por cumprir pena em presídios do gênero feminino ou masculino, ante à hostilidade do ambiente prisional para essas pessoas. Percebe-se, assim, que o debate não se encerra na prestação jurisdicional primária, mas se

¹³ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 20.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil – constitucional Brasileiro in *Temas de Direito Civil* / Gustavo Tepedino (coordenador). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 47

¹⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995, p. 123

¹⁶ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 527/DF*. Relator: Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

ramifica e desafia o Judiciário a manifestar-se posteriormente sobre outras questões que orbitam a matéria.

Conclui-se, assim, que a atividade criativa do Supremo representa importante proteção e promoção dos direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional em favor de grupos sociais historicamente excluídos das políticas públicas. Essa atuação não configura uma distorção institucional, mas um exercício de aprimoramento da democracia, atualmente em crise. Por outro lado, os limites da atuação dos Tribunais devem ser observados, conforme será ulteriormente abordado.

3. A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS LIMITES SUBSTANCIAIS DO ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Da análise da atuação contemporânea do STF, é possível perceber um crescente protagonismo do Judiciário por meio de decisões contramajoritárias. Porém, independentemente das diversas críticas imputadas ao ativismo judicial por parcela da doutrina nacional, é inegável existir uma função representativa do Supremo em tutelar interesses relevantes da sociedade, renegados pela inércia legislativa.

Assim, é possível deduzir, de certa forma, que a função contramajoritária do STF é apenas formal, pois os Ministros, apesar de não terem passado por uma eleição popular para ingresso no cargo e não gozarem de função legislativa geral e abstrata, espelham os anseios da maior parte da sociedade.

Na verdade, diante da crise da democracia representativa a qual o Brasil atravessa, reside uma maior credibilidade técnica no Judiciário em comparação aos outros Poderes. Conforme se depreende da pesquisa divulgada pelo Instituto Datafolha, em junho de 2018¹⁸, 67% dos brasileiros declaram não ter confiança no Congresso Nacional, e 64%, na Presidência da República. Quanto ao Supremo, a opinião pública indicou 14% de muita confiança no Tribunal, 43% de pouca confiança e 39% de desconfiança.

Por conta de uma construção histórico-cultural, o brasileiro sempre teve uma relação de descrédito com suas instituições, mas é notório que aquelas de representação política são as que mais causam ceticismo. Os diversos casos de escândalos e esquemas de corrupção contribuem enormemente para essa visão negativa e, além disso, a população

¹⁸ DATAFOLHA. *Grau de Confiança nas Instituições, Opinião Pública*. São Paulo, jun. de 2018. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/06/15/e262facbdafa832a4b9d2d92594ba36eeci.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

possui também a percepção de uma grande divergência de diálogo entre a produção legislativa e as demandas populares.

Esse tema não é recente: Bernard Schwartz¹⁹, na década de 1960, dissertava que, apesar de o Judiciário Federal dos Estados Unidos, em diversos aspectos, ter sido constitucionalmente posto em posição mais fraca que o Legislativo e o Executivo, possuía amplo apoio e “aceitação pela opinião pública do seu papel como guardião da Constituição americana”.

Entretanto, para uma devida atuação, o juiz deve absorver uma gama de conhecimento compatível com as demandas que lhe são postas, numa tímida aproximação à ideia de “juiz Hércules” de Ronald Dworkin. Para o jurista, o julgador deve depositar um esforço hercúleo para construir uma decisão integradora de vastos materiais, encontrando o melhor argumento e, por consequência, a melhor decisão.

De igual forma, deve o magistrado antever as consequências de suas decisões no âmbito político, econômico e social, tendo uma preocupação em balizar políticas públicas. Como exemplo, no bojo da Ação Originária (AO) nº 1.773/DF²⁰, o ministro Luiz Fux, ao revogar decisões liminares nas quais havia concedido auxílio-moradia a todos os membros da magistratura e do Ministério Público, com base na vultosa repercussão econômica do regime remuneratório aos cofres de todos os entes da federação, destacou que:

a decisão mais adequada a determinado caso concreto é aquela que, dentro dos limites semânticos da norma, promova os corretos e necessários incentivos ao aperfeiçoamento das instituições democráticas, e que se importe com a repercussão dos impactos da decisão judicial no mundo social.

Há, ainda, um movimento doutrinário moderno, encabeçado pelo Prof. Kim Economides, que sugere a existência de uma quarta onda de acesso à justiça, baseada na célebre obra “Acesso à Justiça” (1988), de Mauro Capelletti e Bryant Garth, com um olhar sobre a própria justiça, não como atividade-fim, mas como atividade-meio. Assim, para Michele Damasceno Marques Mello²¹, essa onda renovatória:

prima pela conscientização dos jovens estudantes sobre a realidade e os problemas sociais, preparando-os de reforma a se tornarem profissionais atentos e sensíveis a toda a estrutura econômico-político-social que os rodeia.

¹⁹ SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 184-186.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AO nº 1.773/DF. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AO1773auxiliomoradia.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

²¹ MELLO, Michele Damasceno Marques. *Considerações sobre a influência das ondas renovatórias de Mauro Capelletti no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212492.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

Ou seja, dois pontos centrais são analisados: quem tem acesso às faculdades de direito e se os operadores do direito estariam aptos a fazer “justiça”. Assim, as demandas que chegam ao Judiciário atualmente enfrentam os critérios de seleção para ingresso na magistratura, os aspectos morais dos operadores do direito, entre outras questões.

Esse é um movimento perceptível e que já enseja determinadas medidas na construção de um magistrado socialmente consciente e verdadeiramente conectado com os anseios da população. A Resolução nº 75/2009, do CNJ²², *exempli gratia*, instituiu a exigência de formação humanística dos candidatos para ingresso na carreira da magistratura do Poder Judiciário Nacional. Além disso, as ações afirmativas para acesso aos cargos da Justiça e a residência jurídica representam meios de democratização do Poder Judiciário.

Entretanto, apesar da inegável irreversibilidade da judicialização da política, um processo de despoliticização da democracia é indesejável, visto que representa uma supremacia judicial temerária. É necessário ressaltar que são as decisões políticas emanadas do Parlamento que dão origem às normas jurídicas, cabendo ao magistrado, além da atividade criativa do Direito, a alcunha de intérprete-aplicador.

Nesse sentido, apesar da enorme importância da atuação do STF em tutelar os interesses das camadas mais vulneráveis da sociedade, imiscuir-se no plano penal, com a introdução de novos tipos penais significa risco muito grande a ser suportado por uma democracia que busca manter-se saudável.

Por isso, notório debate repousa nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF²³ e do Mandado de Injunção (MI) nº 4.733/DF²⁴, nos quais se discute o dever de proteção penal adequado ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana por meio da criminalização da homofobia e da transfobia. Isso porque, diferentemente dos casos expostos alhures, esse processo não aborda normas meramente civis, pois intenta restringir o *status libertatis*

Conforme a tese fixada pelo Supremo, as condutas de aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero traduzem expressões de racismo, compreendido este em sua

²² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 75*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 maio 2009. Seção 1, p. 72-75. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n75-12-05-2009-presidencia.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2019.

²³ IDEM. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26/DF*. Relator: José Celso de Mello Filho. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

²⁴ IDEM. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4.733.721/DF*. Relator: Luiz Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4848011&ext=RTF>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

dimensão social, o que institui o tratamento da LGBTfobia como conduta típica incriminada, até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional.

Porém, a atuação do STF análoga à criação de normas penais incriminadoras revela uma face temerária do ativismo judicial, pois, na seara penal, o princípio da legalidade traduz segurança jurídica pela aplicação da lei prévia, escrita, estrita e taxativa. A flexibilidade *in malam partem* da autoridade da lei penal pode, em última medida, produzir hipóteses de arbitrariedade e manipulação do sistema legal por *lawfare*.

Não se trata de uma argumentação abarcada pela chamada teoria da ladeira escorregadia, cuja falácia se exprime na ideia de que a permissão de algo acarreta necessariamente uma sequência absolutamente indesejável de eventos, tendo em vista que, em um ambiente de fragilidade da democracia, é possível que o Direito seja empregado de forma estratégica a deslegitimar ou incapacitar tudo aquilo que seja reputado como inimigo do Estado.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, nota-se a relevante atuação do Poder Judiciário na atual engenharia constitucional positivada, por meio da criativa atividade de interpretação e realização dos direitos sociais, incluindo aqueles que versam sobre a diversidade sexual.

Nesse aspecto, a postura interventiva da função jurisdicional por meio do controle das políticas públicas não fere a independência orgânica e a harmonia entre os Poderes. A Constituição Federal instituiu um sistema de freios e contrapesos, que consiste em um mecanismo de controle mútuo que visa à realização do bem coletivo, bem como evita o arbítrio de um Poder em detrimento do outro, e principalmente dos governados.

O juiz politizado, assim, não se confunde com o juiz parcial, divorciado do ordenamento jurídico. Sua atuação deve ser supletiva e não substitutiva da política, de modo que o julgador não deve negligenciar o seu dever de observância da legalidade constitucional, mas compatibilizá-la com os desideratos e valores irrenunciáveis dos mais variados grupos de uma sociedade complexa e que convive com uma democracia representativa em crise.

A controvérsia reside, portanto, nos limites substanciais que legitimam a criatividade judicial, mas evitam a arbitrariedade. Nesse ponto, conforme visto, diante da urgência da necessidade de proteção do Estado às minorias, é autorizada aos Tribunais uma interpretação estendida da norma para ampliar os direitos subjetivos à essas camadas, mas

com enorme ressalva no tratamento das questões processuais penais, a fim de evitar uma eventual manifestação de arbitrariedade, com a criminalização de movimentos sociais ou populares.

A retomada da democracia brasileira é relativamente recente e, por isso mesmo, as práticas democráticas nacionais ainda se revelam um pouco frágeis. Como exemplo, é relevante observar que o Brasil teve dois presidentes da República retirados do cargo por processos de impeachment, desde a redemocratização de 1988. Portanto, deve-se blindar e ampliar os avanços sociais e políticos, afastando-se as eventuais arbitrariedades do Estado.

Para tanto, exige-se do juiz o conhecimento mais amplo possível no campo sociológico, político, administrativo e filosófico, além do dever de antever as consequências gerais que suas decisões carregam. Somente assim, é possível evitar um Judiciário leviatânico e descolado da realidade social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de; SORJ, Bernardo (Orgs.). *Sociedade política no Brasil pós-64*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 16, n. 1, p. 217-266, 2018. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/494>>. Acesso em: 19 out. 2018.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 75, 2009*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n75-12-05-2009-presidencia.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 21 set. 2018.

_____. *Lei nº 6.015/1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 527/DF*. Relator: Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AO n° 1.773/DF*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AO1773auxiliomoradia.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO n° 26/DF*. Relator: José Celso de Mello Filho. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 4.733.721/DF*. Relator: Luiz Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4848011&ext=RTF>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 646.721/RS*. Relator: Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692442&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 670.422/RS*. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=282102545&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 2, n. 8, 2013.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

DATAFOLHA. *Grau de Confiança nas Instituições, Opinião Pública*. São Paulo, jun. de 2018. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/06/15/e262facbdfa832a4b9d2d92594ba36eeci.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números. O Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>>. Acesso em: 19 out. 2018.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

MELLO, Claudio Ari. Os direitos fundamentais e a teoria discursiva do direito. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 224, 2001.

MELLO, Michele Damasceno Marques. *Considerações sobre a influência das ondas renovatórias de Mauro Cappelletti no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212492.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil – constitucional Brasileiro in *Temas de Direito Civil* / Gustavo Tepedino (coordenador). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRANSGENDER EUROPE. *Transgender Day of Visibility 2016: Trans Murder Monitoring Update*. 2016. Disponível em: <<https://tgeu.org/transgender-day-of-visibility-2016-trans-murder-monitoring-update>>. Acesso em: 22 fev. 2019.