

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO: A NECESSIDADE DA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS VERSUS A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONSTITUCIONAL

The criminalization of homophobia and the Brazilian Judicial Activism: the need for realization of fundamental rights versus the legislative competence

Recebido em	02/06/2023
Aprovado em	01/08/2023

Layla Gabrielly Reis Oliveira¹
Matheus Lourival Andrade Garcia²
Bruno Brasil de Carvalho³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo estudar os recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal acerca de direitos fundamentais não efetivados, através de uma análise doutrinária sobre o assunto, especialmente no que diz respeito aos conceitos de Ativismo Judicial e Judicialização, além de um estudo de caso sobre a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF e o Mandado de Injunção 4.733/DF, julgados pelo Supremo, que criminalizam a prática da homofobia, como um meio de analisar a sua incidência no ordenamento jurídico brasileiro, tentando compreender os fundamentos desta decisão, bem como o fator histórico da nossa recente cultura garantista, além de como a mesma afeta a lógica da separação de poderes dentro de um Estado Democrático de Direito que visa garantir direitos fundamentais concedidos na Constituição Federal.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; três poderes; democracia; judicialização; homofobia.

ABSTRACT

This article aims to study the recent positions of the Federal Supreme Court about fundamental rights that have not been implemented, through a doctrinal analysis on the subject, especially regarding the concepts of Judicial Activism and Judicialization, in addition to a case study on the Action of Unconstitutionality by Omission 26/DF and the Injunction Warrant 4.733/DF, judged by the Supreme Court, which criminalized the practice of homophobia, as a means of analyzing its incidence in the Brazilian legal system, trying to

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA.

² Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA.

³ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Estado do Pará – UFPA.

understand the fundamentals of this decision, as well as the historical factor of our recent guaranteeist culture, in addition to how it affects the logic of the separation of powers within a Democratic State of Law that aims to guarantee fundamental rights granted in the Federal Constitution.

Keywords: Judicial Activism; three powers; democracy; judicialization; homophobia.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira prevê como um de seus fundamentos principais a separação de competências entre os poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, objetivando a prevenção da soberania de um poder, representado por um grupo de pessoas, sobre o Estado, o que colocaria em risco a lógica de um Estado Democrático de Direito.

Dito isto, o próprio texto constitucional prevê a garantia de direitos fundamentais individuais à população e o dever do Estado de assegurar esta proteção, mediante múltiplas atribuições a ele concedidas. Desta forma, no decorrer da redação da Carta Magna, foram estabelecidos sistemas que concedem a cada um dos poderes as suas competências e, ao mesmo tempo, determinam medidas pelas quais os mesmos possam se monitorar, garantindo assim a consumação dos preceitos democráticos objetivados pelo constituinte originário, após o período da ditadura militar.

Importante salientar que, o período da Ditadura Militar – de 1964 a 1985 –, foi marcado por privações de direitos básicos, onde foi implementado restrições de liberdade e de atos institucionais, visando uma justificativa de legitimar o autoritarismo, bem como as violações realizadas nesta época. Após este período, durante a redemocratização, a tentativa foi de salvaguardar o máximo número possível de direitos fundamentais, uma vez que a Constituição Federal, visava proteger o inaugural Estado Democrático de Direitos, com intuito de garantir as liberdades individuais, assim como a soberania popular.

Posto isso, há a discussão sobre o Ativismo judicial, sendo este, de forma geral, a atuação do Poder Judiciário de forma que ele exceda as suas atribuições constitucionais, usurpando as funções concedidas aos outros Poderes Constitucionais, utilizando-se deste sistema de competências como pretexto para acumular poder no Estado.

Contudo, há casos em que um dos Poderes Constitucionais não corresponde às expectativas delimitadas pela Constituição, e nestes casos é necessária a utilização de medidas de contingência para garantir que os mandamentos constitucionais sejam cumpridos de forma satisfatória. Um destes casos se trata da criminalização da homofobia no Brasil.

Neste caso, o Supremo Tribunal Federal determinou que a conduta relativa às ações homotransfóbicas fossem criminalizadas através da tipificação pela lei de criminalização ao racismo (Lei n.º 7.716/1989), tendo em vista que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, a penalização de todo e qualquer tipo de criminalização, através de lei específica (BRASIL, 1988). Entretanto, esta lei específica nunca foi editada pelo Congresso Nacional, apesar deste tema ser de extrema importância para a proteção de uma parte da população que se encontrava, e ainda se encontra, em posição de extrema vulnerabilidade e constante ameaça às suas vidas e suas liberdades, que são garantidas pelos princípios fundamentais da Constituição.

No tocante a isso, houve a repercussão acerca das medidas adotadas do Supremo Tribunal Federal (STF), entrando em evidência, sendo consideradas ações que sobressaiam as funções originárias do próprio Tribunal, visto que, ao ver de uma parcela da doutrina jurídica, a analogia da lei de racismo junto com a criminalização da homofobia, seria uma medida que não se encaixaria na hipótese de determinação por julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Porém, o que ocorreu, foi aprovação por 8 a 3 votos, em favor da criminalização da homofobia em analogia à Lei n.º 7.716/89 (BRASIL, STF, ADO 26 Relator Ministro CELSO DE MELLO, 2019).

Perante o exposto, faz-se necessário entender os posicionamentos que cercam as vertentes no que diz respeito ao Ativismo Jurídico, e sua realidade no contexto brasileiro, e os entendimentos quando aplicado a temática na doutrina.

Desta feita, há correntes doutrinárias que defendem que estas decisões tomadas pelo Supremo são decisões ativistas que atentam à lógica da separação de poderes e, em consequência, ao conceito de democracia, que é peça fundamental para a Constituição. Por outro lado, há correntes doutrinárias que defendem que estas decisões, na verdade, não se caracterizam como decisões ativistas, uma vez que ocorrem dentro das previsões legais e visam a garantia de direitos constitucionalmente já previstos em seu texto.

Dito isto, o presente trabalho visa analisar o debate na esfera dos estudos constitucionais sobre a atuação do Poder Judiciário brasileiro ser uma ameaça à lógica da separação de poderes, delimitado pela Constituição Federal, ou uma necessidade/resultado diante da morosidade da atualização da legislação pelo poder Legislativo, uma vez que é dever do Judiciário atender às demandas quanto solicitadas, aplicando a elas tanto as regras quanto os princípios extraídos da legislação.

Visamos explorar, por meio de uma análise teórica/casuística acerca da questão do Ativismo Judicial no Brasil, a dicotomia entre a obrigação de responder, caso seja provocado,

do Poder Judiciário e a competência de criar leis do Poder Legislativo, visto que a Carta Magna concede a ele o real direito de produzir normas gerais no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que tem-se um poder judiciário que não pode ser desobrigado a responder, quando for inquirido, e um poder legislativo que escusa-se de deliberar sobre assuntos necessários para a garantia de direitos fundamentais, resultando assim, numa discrepância onde são consideradas a necessidade de garantir os direitos fundamentais propostos pela Constituição Federal e a separação de poderes, que se encontra como um pilar constitucional para a manutenção do estado democrático de direito.

Visto isto, entendemos que, para possibilitar a interpretação do ativismo judiciário, especialmente no contexto nacional, é necessário não apenas os conceitos doutrinários em abstrato, mas também a análise de um caso concreto que proporciona uma melhor compreensão do tema debatido, o que pode ser percebido no caso emblemático da criminalização da homofobia, a qual pode ser considerada, por uma parcela doutrinária, como uma decisão que extrapola o limite do Poder Judiciário, em que conscientemente legislou, ou seja, transgrediu a harmonia Constitucional dos três poderes, para tratar de questões do Poder Legislativo, que evidentemente se eximiu da responsabilidade.

Diante disso, como o tema em questão aponta diferentes facetas, o intuito neste momento será apresentar os principais argumentos voltados para as correntes doutrinárias, tanto contra como a favor acerca do tema em questão, demonstrando assim o imenso arcabouço jurídico diante da temática em evidência. No debate acerca do assunto em questão, a doutrina apresenta argumentos tanto em defesa quanto contra a atuação do judiciário nos casos peculiares onde há a sua provocação para responder às demandas controversas a ele apresentadas, especialmente mediante a não realização de preceitos constitucionais pelos outros poderes.

Neste sentido, também pretendemos abordar o caráter subjetivo da questão, sendo este a relação de necessidade da proteção jurídica dos das parcelas mais vulneráveis da população Brasileira que se encontram habitualmente expostas a diversas ocorrências de violências no seu cotidiano, mas ainda carecem de amparo pelos Poderes Constitucionais, o que caracteriza uma verdadeira violação aos princípios fundamentais e aos termos dispostos na Constituição, que objetivam a proteção dos cidadãos contra estas ofensas à sua dignidade, como posto por Masiero (2017, p. 123-124 *apud* KESKE; MARCHINI, 2019, p. 49)

É de se reconhecer que há permissão constitucional para a tutela da igualdade em razão da orientação sexual, haja vista tratar-se de corolário da autodeterminação e do princípio da dignidade da pessoa humana. Constituindo-se, portanto, em bem jurídico passível de tutela penal.

2 O CONCEITO E ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL

2.1 O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

Preliminarmente, é necessário discorrer sucintamente sobre o princípio constitucional da separação de poderes. Este princípio constitucional, localizado principalmente no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, é baseado no modelo pensado por Charles Montesquieu, o qual delimita que o Estado será composto por três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – que são independentes e harmônicos entre si, na medida em que teriam suas próprias competências e diretrizes, sem estar subordinados um ao outro, evitando a sobreposição de interesses nas atuações do Estado, bem como prevenindo a ocorrência de concentração de poder na posse de uma única pessoa, ou grupo de pessoas, garantindo assim o livre prosseguimento da democracia no país (FERREIRA FILHO, 2015, *apud* PORTILHO; GOLÇAVES; CALDAS, 2020). Desta feita, este modelo de Estado se encontra completamente oposto à ideia de abuso ou concentração de poder na posse de um único Poder Constitucional.

Sendo assim, o Ativismo Judicial, na nossa concepção, consiste na atuação *excessiva* do Poder Judiciário, de forma que o mesmo exceda as suas competências constitucionalmente previstas, na medida em que este poder burla a lógica da separação de poderes, ganhando assim atuação superior àquela prevista no texto constitucional. Pois, quando considerada a análise por trás da recente história constitucional brasileira, ao serem comparados com outros sistemas jurídicos no mundo, os nossos tribunais não são os únicos que tendem a exceder tais atribuições. Contudo, é importante salientar que tais funções foram demandadas a este órgão não representativo por parte do próprio legislador constitucional.

Em virtude disso, entende-se a problemática quando visualizado na perspectiva de que decisões judiciais que excedam atuações do Poder Judiciário, com aspecto de legislador, acaba por fragilizar o sistema jurídico brasileiro, uma vez que tal papel exercido por este poder, não é de sua competência originária. Porém, com isso, surge outra complexa discussão sobre a temática tratada, pois quando se trata do Poder Judiciário operar para criar o direito, surge, primeiramente, a perpetuação de um legislativo omissivo, que às vezes escolhe não exercer a sua função, e secundamente, o acúmulo de atribuições ofertados a este Poder, tendo assim, uma sobrecarga do Judiciário, não tendo a possibilidade de se eximir da resposta.

No tocante a isto, Vieira (2008, p. 17) explana que, é evidente, o exagero de atribuições, quando pensado em quórum de apenas onze ministros para acatar o quantitativo de matéria levada a este Tribunal para oferecer uma resposta, sendo necessário que o mesmo

seja liberado de atender competências secundárias, para que assim, seja novamente direcionada às competências, de fato, originárias. O autor afirma que

Este acúmulo de tarefas, que, na prática, apenas se tornou factível graças à crescente ampliação das decisões monocráticas, coloca o Supremo e seus Ministros em uma posição muito vulnerável. Falsas denúncias e gravações ilegais são apenas uma demonstração de como a autoridade do tribunal pode ser ameaçada. É fundamental que o Supremo seja liberado de um grande número de tarefas secundárias, para exercer a sua função precípua de jurisdição constitucional.

Tendo isso em vista, a narrativa que ocasionou este acervo de compromisso, deu-se, após os períodos conturbados que antecederam a Carta Magna de 1988, o legislador objetivou a garantia de deveres legais aos Três Poderes, de maneira autônoma e com delimitação de suas funções originárias, todavia, como a finalidade era autorregulação entre eles. Ocorre que os Poderes em si acabam por adentrar em competências que não habitual sua função.

Nota-se, contudo, um Poder excessivamente incumbido de oferecer respostas, como visualizado e como será trabalho neste artigo, o próprio legislador constitucional encarregou o STF destas funções, tendo este, o encargo de apresentar resposta quando for provocado, assim como, de assegurar os direitos fundamentais a todos.

2.2 O CONTEXTO E OBJETIVO DO PROTAGONISMO CONSTITUCIONAL NOS MODELOS DE ESTADO PÓS-MODERNOS

Após o fim da segunda guerra mundial, frente às grandes atrocidades que ocorreram durante o conflito, houveram diversos movimentos internacionais para que se impedisse que esta tragédia, ou alguma parecida, viesse a se repetir. Um destes movimentos objetivava a concretização de direitos individuais nos próprios textos constitucionais dos países.

As discussões sobre este evento se iniciam, principalmente, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, com intuito de assegurar a paz/segurança internacional, bem como certificar que direitos fundamentais seriam cumpridas pelos países, assim, tentando evitar desastres similares aos das duas últimas grandes guerras.

Tendo em vista esta perspectiva, de evitar infortúnio vivido no século passado, em 1948 foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), onde foi elaborada através de um Assembleia Geral das Nações Unidas, sendo esta uma diretriz comum entre todos os Estados, um objetivo a ser alcançado, tal como alavancar o patamar de direitos humanos a um caráter universal (ONU, 1948).

Importante salientar, por mais que a ONU e a DUDH, sejam marcos históricos de mudanças de perspectivas, em relação a garantias de direitos fundamentais, houveram países que pensaram nestas defesas de modo inaugural, como a Constituição Mexicana, de 1947, e a Constituição Weimar, de 1949, por meio de suas instituições, voltadas para um panorama social, visando a maior proteção e criação de direitos imprescindíveis à sociedade.

Este movimento, de constitucionalização de direitos, pode ser chamado de neoconstitucionalismo, o qual é caracterizado, em suma, pela ratificação de direitos humanos fundamentais na própria constituição de uma nação, superando a ideia da constituição como apenas um mecanismo que garantia ao Estado a legitimidade para a sua atuação, trazendo a ideia da constituição como peça basilar para a concessão e garantia dos direitos humanos em países que se recuperavam de grandes crises democráticas (BARROSO, 2005).

No Brasil, pode se indicar o início deste fenômeno com a vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que em seu texto, especialmente no seu artigo 5º, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, direitos individuais – como vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade –, e estabeleceu ao Estado o dever de garantir a inviolabilidade desses direitos (BRASIL, 1988).

Neste sentido, o fato é que após o período ditatorial brasileiro, com o intuito de garantir o acesso a direitos básicos de maneira ampla visando salvaguardar o máximo de direitos possíveis aos cidadãos, tem-se um legislador constitucional que transfere demasiada competência ao Poder Judiciário, não eleito, pois incumbe ao STF, o guardião constitucional, este Poder, para que resolva, além de suas funções, as demais demandas de matéria constitucional (VIEIRA, 2008).

2.3 ATIVISMO JUDICIÁRIO COMO PONTO DE DEBATE NA ESFERA DOUTRINÁRIA

A partir disso, iniciaram-se discussões acerca do papel das cortes e tribunais para assegurar a efetivação dos direitos que passaram a ser previstos nas constituições. Desta feita, a partir destas discussões, começou-se a tratar de como este Poder teria a possibilidade de utilizar o seu novo papel para se tornar ativista.

Barroso (2009) discorre a respeito das possíveis causas de ativismo judicial – também conhecido como ativismo do judiciário – sendo a primeira, o processo de redemocratização do Brasil, pós ditadura, junto a promulgação da Constituição de 1988, onde houve uma mudança na finalidade do Poder Judiciário, sendo este capaz de interpretar, julgar e fazer valer as leis e

a própria Constituição Federal, dando assim, novo significado facilitando o acesso da comunidade junto a necessidade de apresentar demandas frente ao judiciário.

Outra causa que o autor traz, é descrita pela constitucionalização abrangente, que visa a integração dos demais poderes, ou seja, foi influenciado pela Constituição de Portugal, que tinha como objetivo trazer direitos que, caso não fossem atendidos, pudessem ser alcançados por outras vias, podendo esta ser demandadas perante o judiciário.

A última causa, refere-se ao sistema brasileiro de controle de constitucionalização, onde se inspira e normas de direito americano e normas de direito europeu. Assim sendo, a norma relativa ao direito americano desenvolve a ideia do controle incidental e difuso, facultando ao juiz a possibilidade de não aplicar uma norma caso seja considerada inconstitucional, já acerca das normas de direito europeu, foi adotado pelo Brasil o controle de ação direta, possibilitando que matérias de interesse exclusivo do Supremo Tribunal Federal, sejam tratados de modo instantâneo.

Diante disso, percebe-se que a narração sobre os acontecimentos e surgimento da aplicação do Ativismo Jurídico no Brasil, tecnicamente foi uma juntada de decisões, primeiras perpassadas por homologações de direitos fundamentais, bem como influências de outros sistemas jurídicos já consolidados, até a presente discussão sobre a divergência se há ou não um Ativismo Judicial.

Este comportamento, em suma, ocorre pois o Supremo Tribunal Federal foi incumbido, pela própria Constituição, como guardião das previsões de seu texto, sendo sua competência definida como órgão contramajoritário preservador dos direitos fundamentais frente às decisões dos poderes Executivo e Legislativo.

Portilho, Gonçalves e Caldas (2020, p. 21) reiteram que

O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia.

Desta forma, cria-se um debate acerca da atuação do Supremo, sobre a legitimidade ou não de suas decisões controversas, e como isso influencia o sistema legal brasileiro.

2.4 A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA SOCIAL E O ATIVISMO JURÍDICO

Faz-se necessário, para melhor entendimento do assunto, a ligação entre a Judicialização e o ativismo judicial. Compreende-se a Judicialização como o conjunto de

matérias que são alocadas para o judiciário decidir, isto é, são assuntos de caráter conflitantes levados para o Poder Judiciário resolver, já que este não pode se esquivar de indicar uma solução para um caso judicializado. Isto ocorre quando o sistema Estatal carece de políticas de garantia e prevenção de danos à direitos individuais e a população necessita destas funções, o que resulta no inflacionamento das demandas judiciais.

Acerca disto, há a chamada judicialização da política, que dispõe acerca da titulação de direitos para a sociedade, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, através de determinações do Poder Judiciário ao invés do Poder Legislativo, o que seria, em tese, o ideal determinado no texto constitucional. Isto ocorre exatamente pela busca do Poder Judiciário pela resolução das demandas que lhe forem apresentadas, feito especialmente por uma parte ativa da população, visando garantir os direitos fundamentais, cujo acesso é dificultado à parcela menos privilegiada.

Diante disso, a autora Cittadino (2004, p. 106) acrescenta que

[...] é importante considerar que se a independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade – o juiz só se manifesta mediante provocação –, os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhe são apresentadas.

Neste sentido, a Judicialização da vida política seria um fenômeno decorrente da transferência ao Poder Judiciário das deliberações de cunho político importantes para o público em geral, que não ocorrem em pautas do Poder Legislativo, o que resulta numa decisão realizada a partir de análises abstratas da legislação em geral, ou seja, uma interpretação especulativa da intenção de quem as fabricou, o legislador.

Acerca deste tema, a análise da intenção do legislador, Dworkin (2005, p. 52-54 *apud* MAUÉS, 2015, p. 138-139) trata da dificuldade em que se encontra o intérprete da lei de entender, ou presumir, qual seria a vontade pensada pelo legislador ao criá-la. O autor traz a ideia de que

[...] há várias maneiras de compreender a intenção do legislador, o que impõe ao intérprete escolher uma determinada concepção para guiar sua busca. Essa escolha, por sua vez, condiciona as conclusões da investigação e torna mais polêmica a interpretação da Constituição baseada na intenção do legislador, pois diferentes concepções levam a respostas também diferentes no caso concreto. Mesmo quando se toma como objeto de análise um legislador individual, suas intenções podem ser entendidas de várias maneiras. Por exemplo, é possível considerar como intenção do legislador que a lei somente seja aplicada aos casos sobre os quais ele pensou ao formulá-la; ou, em sentido contrário, que sua intenção é que a lei seja aplicada também aos casos que ele não tinha em mente quando a formulou. Tratando-se da aplicação de uma norma proibitiva, a primeira concepção indica que nenhuma ação deve ser proibida a menos que o legislador tenha

pretendido fazê-lo; já a segunda concepção indica que as palavras do legislador devem ser entendidas de modo a alcançar situações similares àquelas que ele imaginou.

Outro ponto importante, acerca da Judicialização em caráter político, é direcionado por Verbicaro (2011, p.73), descrevendo que

O fenômeno da judicialização da política, que surge nesse contexto de maior inserção quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário na arena política, está associado a uma participação mais intensa e ativista do Judiciário na realização dos valores constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos poderes políticos do Estado. Situações como: aplicação da Constituição a casos não expressamente contemplados em seu texto e independentemente de regulamentação pelo legislador ordinário; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, especialmente em matéria de política pública; a declaração de inconstitucionalidade com fundamento em critérios menos rígidos do que os de evidente e ostensiva violação da Constituição, são exemplos de políticas que se judicializam, denotando a patente postura ativista do Poder Judiciário.

Neste sentido, quando ocorre esta Judicialização, no caso concreto sempre haverá a questão da discricionariedade do intérprete ao analisar o texto legal e as características particulares daquela situação, o que, de certa forma, coopera para a noção de que o Poder Judiciário está se tornando cada vez mais presente nas conquistas de caráter social da comunidade brasileira, o que colabora com a ideia de que este Poder estaria assumindo papéis no Estado que não condizem com as determinações constitucionais.

Em encontro a essa perspectiva, tem a parcela dos juristas que são contra a postura mais ativista do poder judiciário, para eles, este poder estaria usurpando função, uma vez que não tem a legitimidade para criar o direito, já que não se trata de uma simples interpretação da norma jurídica, e sim, dar um novo significado para a norma, diferentemente do que quis o legislador.

Desta feita, é possível entender a diferença entre o ativismo e a judicialização da política, na medida em que o primeiro se trata da atuação do Poder Judiciário além das prerrogativas previstas na Constituição e o segundo se trata da busca da população pela concretização de seus direitos sociais pela via judiciária, tendo em vista que este é o órgão em que há a maior probabilidade de alcance destas pretensões, ponto este que será explanado com mais aprofundamento no decorrer deste artigo.

3 PRINCIPAIS ARGUMENTOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DO TEMA

3.1 PRINCIPAIS CORRENTES EM DEFESA DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A corrente doutrinária que defende a atuação do Judiciário nestes casos entende que a atuação do referido poder, nos casos em que supostamente agiu de forma ativista, não se trata de uma tentativa de protagonismo ou de usurpação de competência, mas sim uma resposta direta à violação de princípios e direitos fundamentais que já são protegidos pelo texto constitucional, porém carecem da atenção dos outros poderes, especialmente o Legislativo, para que possam alcançar o seu devido grau de relevância.

Como afirmam Keske e Marchini (2019),

[...] enquanto a morosidade do Legislativo perdurar, cabe ao STF agir. Em que pese o limite e respeito entre os três Poderes, a Corte Superior tem o dever de interpretar a Constituição a fim de resguardar o direito; e se [...] o Legislativo não age, o STF nada mais faz do que o que a nossa Constituição estabelece.

Neste sentido, não há, em tese, Ativismo Judicial nestes casos, uma vez que o Poder Judiciário não está excedendo suas atribuições para tomar decisões que sobreponham os demais poderes, desrespeitando as delimitações a ele definidas, mas está realizando aquilo que já lhe foi imposto pelo próprio texto constitucional, como alude Soliano (2013)

Não foi o Judiciário quem decidiu que cabe ao STF a guarda da Constituição. Não foi o STF que se atribuiu a competência de julgar, originariamente, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratórias [sic] de Constitucionalidade, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Não foi o Supremo Tribunal Federal quem ampliou o rol de legitimados para propor essas ações. Não foi o STF quem estabeleceu, expressamente, o efeito vinculante e a eficácia erga omnes para as decisões tomadas nos julgamentos dessas ações. Não foi, ainda, o Poder Judiciário que criou as súmulas com efeito vinculante, o controle difuso de constitucionalidade e o Mandado de Injunção. Todas essas competências e possibilidades (para ficar apenas em sede de controle de constitucionalidade) que, inegavelmente, ampliam a força e a importância do poder jurisdicional, foram criadas pelos poderes representativos em especial pelo Poder Legislativo, seja como constituinte originário, derivado ou legislador ordinário.

É sabido que há a prerrogativa constitucional do Poder Judiciário de realizar interpretações acerca de seu texto, e a jurisprudência demonstra que este tipo de interpretação não é estranha ao ordenamento jurídico nacional, como trata Barroso (2015, p. 31): “por decisão do constituinte ou do legislador, muitas questões têm a sua decisão final transferida ao juízo valorativo do julgador. Como consequência inevitável, tornou-se menos definida a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito.”

Não obstante, há diversos casos, como dito anteriormente, em que o Poder Legislativo se deixou inerte frente às demandas em que havia a necessidade de agir, a exemplo do caso da legalização do casamento homoafetivo, onde não houve manifestação do Poder Legislativo Federal para tratar deste conceito. Neste caso, a suprema corte, através da ADI 4.277/DF, na

qual se debatia a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil de 2002 à luz dos preceitos constitucionais acerca da igualdade e discriminação, entendeu que havia descumprimento constitucional do referido artigo em limitar o reconhecimento da união heteroafetiva em detrimento da união homoafetiva, e por consequência, determinou como lícita a união homoafetiva (MAUÉS, 2015).

Neste sentido, há a invocação do conceito de mutação constitucional, o qual pode ser definido, em suma, como a alteração no sentido de uma norma, sem alterar diretamente o seu texto (SANTOS, 2015). O Supremo Tribunal Federal utilizou deste sistema de controle de constitucionalidade para realizar uma interpretação ampliativa do texto infraconstitucional, o qual se limitava ao conceito de homem e mulher, pois entendeu que uma interpretação restritiva traria implicações opostas aos princípios constitucionais. Como elucidado por Maués (2015, p. 151), “Caso a ausência de reconhecimento das uniões homoafetivas contrarie o direito à igualdade, o poder judiciário deve reparar a situação; caso contrário, o legislador terá liberdade para regulamentar ou não essas formas de união.”

Desta forma, o que se entende como medidas ativistas nada mais seriam do que a devida atuação da Corte Suprema para responder às demandas que lhe forem submetidas, observando as leis e princípios já constantes no texto constitucional.

Outro argumento que trata do tema em tela, trata da falta representativa por parte do Poder Legislativo, por mais que sejam, por excelência, escolhidos de forma democrática, ainda assim, em termos de reproduzir os interesses da diversidade, acabam por serem menos atuantes, visto que, como se trata de números (Maiorias *versus* Minorias), este sendo um Poder o qual precisa de votos, acaba por eximir de tomar medidas que seriam necessárias para o conceito ideal de progresso social, conforme evidenciado por Barroso (2015, p. 31),

No plano doméstico, os países procuram administrar, da forma possível, a diversidade que caracteriza a sociedade contemporânea, marcada pela multiplicidade cultural, étnica e religiosa. O respeito e a valorização das diferenças encontra-se no topo da agenda dos Estados democráticos e pluralistas.

Considerando isto, o Poder Judiciário, como descrito anteriormente, vem no sentido de representar interesses sociais, tendo como objetivo, por não precisar ceder aos apelos da maioria tradicional, outorga pro promover o progresso social para a parcela que não é atendida, legitimando assim as demandas impopulares, em respeito a garantias de direitos fundamentais, como o caso da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF, que criminaliza a prática da homofobia, através de uma interpretação fora dos parâmetros

convencionais, mas ainda assim, legal, como previsto no artigo 5, inciso XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Este argumento traz o entendimento de que escolhas pessoais dos indivíduos sociais são, em tese, todas contempladas por alguma norma, que irá direcionar o modelo adequado a seguir. Verifica-se que tal presunção é humanamente impossível, e, por isso, tem a necessidade de um poder que, primeiramente, contemple a mudança nos contextos sociais e como pode melhor atender as demandas que são trazidas a este órgão, e em seguida, possua o dever de julgar litígios do interesse impopular, que de modo geral, não pautam o legislativo omissivo.

Como dissertado por Barroso (2015, p. 25) “A premissa subjacente a esse raciocínio tampouco é difícil de enunciar: a política majoritária, conduzida por representantes eleitos, é um componente vital para a democracia. Mas a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de maior quantidade de votos.”

3.2 PRINCIPAIS CORRENTES CONTRA A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Da mesma forma que há o entendimento de que a atuação do Poder Judiciário, nestes casos emblemáticos, é legítima e justificável, há o entendimento de que as deliberações da Suprema Corte brasileira incorrem, de fato, em medidas ativistas as quais chegam a sobrepor suas competências.

Há a defesa de que as medidas tomadas pelo STF possuem natureza ativista na medida em que o poder judiciário se encontra, ao efetivar estas medidas, em discordância com os poderes eleitos pela população, através de um sistema democrático de eleição.

Diante disso, o argumento a ser analisado à luz da interpretação literal da Constituição Federal, seria a designação acerca da atribuição de cada Poder, bem como, a Repartição dos três Poderes.

Identificado, primordialmente, com a conceituação de democracia, previsto no artigo 1 da Constituição Federal, estabelecido da mesma maneira que foi definido o Estado

Democrático de Direito e seus fundamentos. Ademais, ao retornar para a definição de democracia, tem-se a ideia do poder emanado do povo, isto é, pressupõe em si a possibilidade de escolha da maioria. Como defendido por Martins (2011, p. 27), ao afirmar que “[...] o equilíbrio, a harmonia e a independência dos poderes estão rigorosamente disciplinados pelo legislador supremo, o que permite à sociedade brasileira usufruir, num Estado Democrático de Direito, da certeza e da segurança do Direito.”

Nesse sentido, tal representativa é importante, quando tratada da visão política, a qual é enraizada na vontade da maioria, em um contexto concreto. Desta forma, é evidente que a Repartição dos três Poderes, onde há aceção de Montesquieu, objetivando manter uma sociedade livre, precisava conceder funções específicas e limites entre eles, evitando assim o abuso de único poder, mas fortalecendo a união, bem como a serventia, já que cada poder estaria se analisando e autorregulando os demais, evitando assim, que um se sobreponha aos outros.

A partir disso, ainda com a ideia sobre a vontade da maioria, concebe-se que, o argumento utilizado para demonstrar o Ativismo Jurídico, é de que os Poderes Legislativos e Executivos são escolhidos através de atos democráticos, diferentemente do Poder Judiciário, onde este é indicado, tendo que atender os requisitos do artigo 101 da Carta Magna. Além disso, entende-se que o Legislativo, *prima facie*, estaria apto para criar leis que possa reger e estabelecer o bem-estar social, visto que esta é sua principal função. Ao contrário do que caberia ao Judiciário, que ao realizar igualmente a mesma função, este Poder não teria legitimidade, primeiramente, para fazer uma interpretação fora dos parâmetros definidos pelo Legislativo, em outras palavras, criando o direito, fragilizando assim o sistema proposto por Montesquieu e ratificado pela Carta Magna.

Seguindo esse raciocínio, outro argumento relevante na temática, seria que o Poder Judiciário faz através da criação de direito, uma interpretação, cuja função seria de legislar, com base em princípios.

Dessa forma, as decisões voltadas para a garantia de direitos fundamentais, são consideradas um modo de burlar a própria Constituição Federal, já que, para julgar, tal poder entraria na esfera de outro, nesse caso em questão do legislativo, mesmo que o poder não possa se eximir, caberá a ele tomar vereditos de situações ainda não estudadas pela pauta do poder designado e escolhido pela sociedade, para exercer, qual seria o parâmetro de legitimidade dos julgados ou das criações de direito do poder judiciário, o que entraria em discussão seriam as decisões do Poder Judiciário em si, gerando a insegurança jurídica, pois ainda é um desvio de uma atribuição o qual não foi conferida a ele.

Vendo por este prisma, entende-se que, o judiciário, acaba por interferir de modo significativo na estrutura dos três poderes, visto que ao interpretar as leis de modo a ampliar o seu entendimento, para além do que foi destinado ou da intenção do legislador, estaria assim se sobrepondo ao poder destinado a cumprir com essa atribuição, que também foi escolhido pela população, o Poder Legislativo.

Sendo assim, quando o Poder Judiciário toma decisões interpretativas que alcançam além daquelas previstas na legislação editada pelos órgãos competentes, este estaria criando um imenso problema de insegurança jurídica, na medida em que estas decisões, que muitas vezes possuem efeito *erga omnes* e afetam a população como um todo, não passaram pelo devido processo legal previsto no texto constitucional e, considerando que o poder judiciário não possui processo de eleição democrática, resulta na imposição de normas de interesse de grupos módicos à população geral, o que, em tese, estaria contrariando os preceitos da democracia e do devido processo legal, reconhecidos no texto constitucional.

4 ANÁLISE DO CASO CONCRETO (ADO 26/DF e MI 4.733/DF)

4.1 DESCRIÇÃO DO CASO CONCRETO

Entendemos como proveitosa a análise do caso da criminalização da homofobia no Brasil, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, através da Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26/DF e do Mandado de Injunção (MI) 4.733/DF, uma vez que demonstra plenamente o embate prático entre a necessidade de resposta do sistema judiciário brasileiro frente às inconstitucionalidades a ele apresentadas e à lógica da separação de poderes.

Neste caso, em face à morosidade do Congresso Nacional, foi apresentado ao Supremo Tribunal Federal, em 19/12/2013, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, requerendo o reconhecimento da negligência do poder legislativo em editar lei específica para a proteção da população pertencente ao grupo LGBTI+, determinada pelos incisos XLI e XLII da Constituição Federal, cuja falta resulta na perpetuação da violência e preconceito contra estes grupos minoritários, e requerendo que a penalização destas condutas ocorra com a mesma severidade daquela presente na tipificação do crime de racismo, localizado na lei 7,716/89. Portilho, Gonçalves e Caldas (2020, p. 11) explicam que

A petição que deu origem a [sic] ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 26/DF narra que todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com

o mesmo rigor atualmente usado na Lei do Racismo, sob pena de hierarquizar o sofrimento dos preconceitos.

Desta maneira, restou ao STF, uma vez que tenha sido provocado para tal, o encargo de definir como seriam firmadas as medidas de proteção resguardadas constitucionalmente, além de satisfazer as pretensões definidas pelos princípios fundamentais da carta magna.

Desta forma, ao julgar o caso, em 13/06/2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu por julgar procedentes os pedidos, no sentido de reconhecer a mora inconstitucional do Poder Legislativo e enquadrar as práticas discriminatórias contra a população homossexual e transexual na tipificação do crime de racismo, abarcado pela lei 7.716/89, sendo ressalvado que o referido enquadramento será efetivo apenas até a elaboração de lei específica pelo Congresso Nacional.

A fundamentação dada pela corte para este enquadramento, trata do termo “racismo” como um gênero relacionado ao “racismo social”, referente às práticas preconceituosas e discriminatórias, de segregação, inferiorização e violência contra indivíduos pertencentes a grupos minoritários vulneráveis (BRASIL, STF, ADO 26, Relator Ministro CELSO DE MELLO, 2019).

4.2 ANÁLISE DO CASO À LUZ DAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Isto posto, há na esfera doutrinária o retorno ao argumento de que não seria prerrogativa do poder judiciário para definir estas medidas, uma vez que elas, em tese, não foram previstas diretamente em dispositivo legal, editado pelo órgão competente, tendo em vista que estes são critérios exigidos nos incisos LVI e LVII do art. 5º da Constituição, que fundamentaram a decisão do Supremo, os quais afirmam que (Brasil, 1988)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Desse modo, recaímos novamente no debate acerca da atuação do judiciário. Estaria o judiciário sendo ativista, ao tomar para si a competência de outro poder constitucional, ou estaria ele apenas efetivando medidas constitucionalmente previstas, após provocação das partes interessadas, mediante a negligência daquele órgão que, em tese, teria a legitimidade para fazê-lo?

Do nosso ponto de vista, entendemos que não houve, no caso, atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, pois compreendemos que o Ativismo Judicial se trata de uma usurpação de função do Poder Legislativo, já que para decidir da forma mais eficaz, tal poder teria que legislar ou, efetivar através de lei específica, direitos previstos constitucionalmente. Portanto, este ato é visto como uma forma de ampliação do poder por parte do Judiciário, colocando assim, em risco a separação dos três poderes.

Nota-se, contudo, que as atribuições do Poder Judiciário, além de ser a interpretação das normas, são acima de tudo, salvaguardar os direitos fundamentais da sociedade, tanto que tal poder é designado como guardião da constituição, cabendo a ele decidir estes casos mediante provocação, não devendo se eximir de aplicar uma resposta ao caso concreto, observando os preceitos constitucionais.

Nessa perspectiva, observa-se que o Poder Judiciário não está usurpando a função do Poder Legislativo, uma vez que a ação do judiciário em tomar medidas que primariamente são consideradas criar leis/direitos, na verdade são de fato a homologação e a efetivação de direitos fundamentais, sendo nesta perspectiva, o foco e objetivo, bem como uma das funções delegadas a este Poder por meio da Constituição Federal.

É importante observar que, à época do julgado, já estava vigorando a lei 13.300/16, a qual homologa ao Judiciário a possibilidade de oferecer sentenças de caráter mais ativo (não ativista) nos julgamentos de mandados de injunção, ao delimitar que (BRASIL, 2016).

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

[...]

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados [sic] ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Além disto, o artigo 9º desta lei ainda ressalta a possibilidade destas decisões possuírem o caráter *erga omnes*, dependendo das características intrínsecas do direito pleiteado, a saber: (BRASIL, 2016, grifo do autor)

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia **ultra partes** ou **erga omnes** à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

Desta forma, é possível entender que já há, no ordenamento jurídico brasileiro, a prerrogativa para o Poder Judiciário conceder o exercício destes direitos através de medidas mais eficientes, sem exigir daquelas pessoas que necessitam da efetuação dos seus direitos uma paciência *ad aeternam* para aguardar a disposição do Poder Legislativo até que o mesmo decida tratar destas causas controversas (o que se mostra como um período extremamente delongado).

4.3 O CARÁTER SUBJETIVO DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DAS MINORIAS VULNERÁVEIS INVISIBILIZADAS PELOS PODERES ELEITOS

Tendo isso em vista, constata-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que visam a garantia de direitos humanos às parcelas minoritárias da população, são em regra impopulares, quando pensadas pela parcela da sociedade mais tradicionalista, já que tais decisões são consideradas polêmicas, se visualizadas de um ponto de vista mais conservador ou religiosa, e que, apesar de serem decisões controversas, não tem como não considerar estas decisões como um marco de efetivação de direitos fundamentais, primeiramente de humanidade para a minoria que é atingida por tais decisões, a exemplo da ADO 26/DF e MI 4.733/DF, e secundamente da importância de abordar temáticas de cunho conflitantes, que são desvalorizadas pelo legislativo.

Antes de entrar no caso real de fato, é importante descrever o que se trata a homofobia no Brasil. Borillo (2015, p.22, *apud* KESKE; MARCHINI, 2019, p. 38) traz uma análise conceitual interessante do termo, ao afirmar que

[...] o termo homofobia acaba por designar dois aspectos diferentes na mesma realidade: a dimensão pessoal, afetiva, que rejeita os homossexuais; e a dimensão cultural de natureza cognitiva, que não despreza o indivíduo homossexual, mas, sim, o fenômeno psicológico e social da homossexualidade. Esta diferenciação fica muito clara quando há a tolerância e até mesmo simpatia com os homossexuais, porém quando o assunto é alguma política de igualdade, tal assunto é considerado inaceitável

Neste sentido, é basicamente direcionado a sujeitos que não estão acostumados com questões que fogem da heteronormatividade na sociedade. São aqueles que, não habituados com o diferente ou que foge do conceito tradicional das relações interpessoais programado da sociedade, e que, por isso, por não seguir o padrão estipulado, não deveriam ter suas demandas atendidas, já que para estes sujeitos reivindicações que não são de interesse da população em geral, no sentido de se voltarem aos interesses de minorias numéricas, não deveriam ter suas demandas contemplados pelos Poderes.

Tal discurso se perpetua e continua tendo efeitos, visto que, a concretização de direitos quando se trata de classes economicamente enfraquecidas, ou de comunidades historicamente esquecidas, é consideravelmente mais dificultosa, quando comparados ao restante do corpo social, pois são considerados direitos básicos e comuns para a sociedade, onde estiveram sempre presente para aqueles que detêm o privilégio.

Ademais, historicamente o Brasil, no que tange a garantia de direitos pensados para as minorias, em regra, é bastante conflitante, uma vez que no Brasil impera uma elite, que é predominantemente cristã. De acordo com o INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE), no censo de 2010, 86% da população brasileira se considera cristã (IBGE, 2012). Por mais que este seja um número meramente exemplificativo neste trabalho, o quantitativo em si elucida a realidade brasileira: um país que possui certa relutância no debate de assuntos considerados como tabu, o que resulta na demora demasiada na análise destas pautas, refletindo, de modo considerável, nas escolhas dos representantes políticos, bem como nas pautas que são prioridades nas casas do Congresso Nacional.

Por isso que, como afirmado anteriormente, quando se tem a necessidade de uma decisão de tom mais garantista, o judiciário é acionado, pois, ao analisar o histórico de atitudes garantistas do Estado, tal poder é o responsável por grandes atuações nas últimas décadas, em se tratando de efetivação e elevação do caráter dos direitos sociais, resultando em muitos dos casos entrarem em desacordo quando observados pela maioria tradicionalista do país. Podendo servir como exemplo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, na qual foi decidido, através da votação de 8 contra 2, a favor da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, ou seja, não ser considerado crime. O ministro relator da ação Marco Aurélio afirmou, na página 54 do inteiro teor da decisão deste julgado, que (BRASIL, STF, ADPF 54, Relator ministro MARCO AURÉLIO, 2012)

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. [...]. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescido, principalmente de proteção jurídico-penal.

Este é um dos exemplos em que o STF, toma medidas que são consideradas polêmicas, no contexto social, mas são de extrema importância, quando pensado nas pessoas as quais se encontram na extremidade receptora destas decisões. Tal decisão abriu um gama de possibilidades na discussão sobre o direito à vida, assim como, a tutela sobre dignidade da pessoa humana, do ponto de vista da genitora do feto, além do quesito de saúde pública.

Por isso, entendemos a relevância de debater sobre pautas que ainda lutam para ter espaço, no sentido do alcance para concretização direitos pensados nas minorias. E, como visto anteriormente, o Poder Legislativo carece da iniciativa, propositalmente ou negligentemente, para efetivar estas medidas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao discorrer sobre ativismo judicial no Brasil, pode-se analisar o complexo contexto da ditadura militar, período este marcado pelo controle sobre os três poderes, referidos pela destituição do legislativo e o controle do judiciário, bem como o golpe no poder executivo.

Tal golpe foi direcionado por militares que destituíram o presidente João Goulart, argumentando contra as ideias do presidente, assim como, da própria segurança nacional, marcado por violação aos direitos humanos, civis, à liberdade, à informação, entre outros, estabelecendo assim um período obscuro na história brasileira, marcada por violência e denegação de direitos básicos.

Após esta análise histórica, é possível compreender o raciocínio utilizado pelo constituinte originário ao estabelecer e destacar a garantia de direitos individuais básicos na própria redação constitucional, tendo isto em vista que, após o golpe militar, houve a necessidade de salvaguardar e concretizar o maior número de direitos possíveis em um aspecto de recente democracia, visivelmente ainda presente na contemporaneidade.

Ocorre que, tal condição de recenticidade da Constituição Federal de 1988, trouxe para a comunidade, uma sensação de amparo e solidificação de direitos básicos, diferentemente do período militar. Por conta disto, a sociedade, especialmente aqueles grupos que se encontram em situação de invisibilização pelo Poder Legislativo, teria maior proximidade do Poder Judiciário, por ser este o poder contramajoritário, ou aquele que atua em causas complexas, em que há a renúncia dos demais poderes em tomar partido.

Acerca do ativismo judicial, é possível compreender como este conceito pode ser interpretado como uma ameaça aos preceitos democráticos que conduzem o nosso sistema de Estado. Não é a toa que ao tratar de ativismo a maioria dos doutrinadores, pelo menos dos

citados neste artigo, entende que este fenômeno deve ser observado com atenção e cautela para que não incorra em um desvirtuamento do devido processo legal que desvalorize a participação política da população em geral. Contudo, não é por medo do ativismo, nem mesmo pela defesa do envolvimento da sociedade em geral nas decisões políticas e jurídicas do estado, que se deve caracterizar qualquer decisão controversa tomada pelo Supremo como ato atentatório à estrutura da separação de poderes.

Quando se observa o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, é possível observar como há mecanismos definidos pela própria legislação, incluindo a Constituição, que determinam a atuação central do Poder Judiciário para tratar destas causas, uma vez que, como guardião da constituição, ele se encontra sob a imposição de realizar esta análise de princípios em casos concretos, especialmente nos quais há o interesse da população em geral.

Sendo assim, entendemos que esta perspectiva rotulatória de atos em que há apenas a atuação do Poder judiciário nos moldes determinados pelo texto constitucional como medidas ativistas se mostram como uma resposta de interesse político daqueles grupos que se opõem às próprias garantias e direitos previstos na Constituição.

Ao analisar o contexto histórico do processo de redemocratização do Brasil, assim como os preceitos e fundamentos que firmam as diretrizes de atuação e interpretação da Constituição Federal, percebe-se um zelo pela proteção destas liberdades fundamentais o que resulta na determinação do Poder Judiciário se tornar algo similar a uma última instância para que a população tenha suas disposições asseguradas, resultando na chamada juridificação da vida social.

Neste sentido, o sistema judiciário, incumbido pela Constituição em satisfazer as demandas apresentadas ao mesmo, com o objetivo de garantir os direitos constitucionais fundamentais e possibilitar a proteção de direitos sociais manifestamente negligenciados pelos poderes, incorre em decisões que, de certo modo, irão incomodar a parcela da população que se beneficia ou conforma com esta mora dos outros Poderes.

Por fim, verifica-se que o Poder Judiciário, não se sobrepõe a outros Poderes, ou seja, não há um perigo eminente de usurpação de função ou de quebra da separação dos três poderes, confirmando então que o judiciário, tratando destas medidas voltadas à concretização de direitos fundamentais, está apenas seguindo uma das suas funções Constitucionais, isto é, ampliando as interpretações das normas em si, mas amparado por prerrogativas já constantes na legislação, e voltado para a efetivação dos direitos básicos para que assim atinja o maior número de sujeitos, em outras palavras, tendo ações mais garantistas para direitos constantes na própria Constituição Federal.

Claro, não estamos aqui para afirmar que este modelo delimitado pela legislação é o mais correto, nem para defender que a forma como estas decisões se deram foi a mais ideal para os interesses daqueles que as necessitavam. Porém, entendemos que estas medidas são caminhos expressamente previstos no texto constituindo na legislação, e não se tratam, nestes casos, de apropriação ilegal de competências.

Por fim, percebe-se, que antes de tudo, o Poder Judiciário não está agindo como um infligidor de competências, apenas um Poder que, assim como os demais, propõe cumprir metas que foram propostas pela própria Constituição Federal. É claro que o Ativismo Jurídico em si trata-se de perigo ao sistema da separação de poderes, como também à democracia. Entretanto, o que se compreende nestes casos emblemáticos, não é o surgimento ou manutenção de um Ativismo Jurídico, mas sim de um processo mais complexo, quando analisado pela perspectiva jurídica/política. Isto é, trata-se de uma cadeia, onde uma falta de educação política, de pensamento acerca de reivindicações sociais, gera escolhas de representantes não qualificados, que ao invés de facilitar acesso a garantia de direitos, escolhem por dificultar demandas necessárias para a sociedade, e que, com essa dificuldade, o grupo social busca a homologação de normas que tratam de demandas atuais, por outras vias, neste caso, através do Judiciário.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3096>. Acesso em 25 mar. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, [S.l.], n. 13, p. 17-32. 2009. Anual. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/anuario-iberoamericano-de-justicia-constitucional/numero-13-enerodiciembre-2009/judicializacao-ativismo-judicial-e-legitimidade-democratica-1>. Acesso em 19 nov. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1-42, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 22 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1998. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 13.300 de 2016. . Brasília, DF: Congresso Nacional, 23 jun. 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26**. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 13 de junho de 2019. Lex. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 03 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 12 de abril de 2012. Lex. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em 03 maio 2023.

CITTADINO, Gisele Guimarães. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Alceu: revista de comunicação, cultura e política**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul/dez. 2004. Semestral.

IBGE. **Censo Brasileiro de 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pesquisa/23/22107>. Acesso em 13 maio 2023

KESKE, Henrique Alexander Grazi; MARCHINI, Veronica Coutinho. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFÓBIA NO BRASIL: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA. **Revista Prâksis**, [S. l.], v. 2, p. 34–56, 2019. Disponível em: <https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistapraksis/article/view/1761>. Acesso em: 22 mar. 2023.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 18, p. 23-38, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/47096>. Acesso em: 9 maio 2012.

MAUÉS, Antonio Moreira. Capítulos de uma história: a decisão do STF sobre união homoafetiva à luz do direito como integridade. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 36, n. 70, p. 135–162, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n70p135>. Acesso em: 23 mar. 2023.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 12 maio 2020.

PORTILHO, Grazielle Jordão; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa. O Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal na Criminalização da Homofobia e Transfobia. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, [S. l.], ano 11, v. 11, n. 40, p. 4-15, jan/jun. 2020. Semestral. Disponível em: <https://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/issue/view/54>. Acesso em: 26 nov. 2022.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 80-91, 23 fev. 2015. Disponível em:

<https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.08>. Acesso em 13 mar. 2023

SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.8, n.1, jan/mar. 2013. Disponível em:

<https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/issue/view/260>. Acesso em 07 maio 2023.

VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. **O Protagonismo Judicial e a ilegitimidade democrática da Judicialização da Política**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Ciência Política, Universidade Federal do Pará, Belém, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. SUPREMOCRACIA. **Revista Direito GV**, São Paulo 4(2). p. 441-464, jul/dez. 2008.