

O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTE O CONSERVADORISMO DA SOCIEDADE BRASILEIRA NA DEFESA DOS DIREITOS DA POPULAÇÃO LGBTQIAPN+: ANÁLISE DA ADPF 132 E ADI 4275

Rafael Bertoldo Estulano Ribeiro¹

Márcia Santana Soares²

Resumo: O presente trabalho busca compreender o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, na garantia de direitos constitucionais à população LGBTQIAPN+. Dessa forma, buscou-se entender a origem e a evolução histórica dos institutos de controle de constitucionalidade, conhecendo suas origens no direito comparado e analisando sua introdução e progressão no arcabouço jurídico brasileiro. Foi possível constatar que grande parte da atuação judicial em controle de constitucionalidade se dá devido à baixa qualidade legislativa e omissão dos demais poderes em relação aos direitos de minorias sociais. Foi analisado o que é considerado ativismo judicial e como sua existência pode não necessariamente significar usurpação de competência e interferência indevida em outros poderes. Para atingir o objetivo geral, foi necessário verificar a influência da opinião pública nas decisões da Suprema Corte, observando até que ponto as decisões agradam ou desagradam os cidadãos e o quanto isso importa na tomada de decisão da Corte. Foram analisados dois julgados emblemáticos na defesa e garantia de direitos da população LGBTQIAPN+, compreendendo a técnica jurídica de interpretação conforme a constituição, empregada nos acórdãos. A pesquisa foi bibliográfica e qualitativa, sendo que utilizou-se o método indutivo e descritivo.

Palavras-chave: Constitucional. Ativismo Judicial. Controle de Constitucionalidade. Minorias.

124

THE ROLE OF THE FEDERAL SUPREME COURT IN THE FACE OF BRAZILIAN SOCIETY'S CONSERVATISM IN DEFENDING THE RIGHTS OF THE LGBTQIAPN+ COMMUNITY: AN ANALYSIS OF ADPF 132 AND ADI 4275

Abstract: The present work seeks to understand the role played by the Supreme Federal Court, in the context of constitutional review, in guaranteeing constitutional rights to the LGBTQIAPN+ population. Thus, the aim was to explore the origins and historical evolution of constitutional review mechanisms, tracing their roots in comparative law and analyzing their introduction and development within the Brazilian legal framework. It was found that much of the judicial activity in constitutional review arises due to poor legislative quality and the omission of other branches of government regarding the rights of social minorities. The concept of judicial activism was analyzed, examining how its existence does not necessarily imply a usurpation of powers or undue interference with other branches. To support the general objective, it was necessary to investigate the influence of public opinion on Supreme Court decisions, observing to what extent decisions please or displease citizens and how much this impacts the Court's decision-making process. Two landmark rulings in the defense and protection of LGBTQIAPN+ rights were analyzed, focusing on the legal technique of interpretation in conformity with the

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Goiás – UNIGOIÁS e advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1091295561558513>. Orcid: 0009-0002-3682-0767. E-mail: rafaellbert@gmail.com

² Professora Adjunta do Centro Universitário de Goiás – UNIGOIÁS. Doutora em Arte e Cultura Visual pela Universidade Federal de Goiás. Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Penal pela Universidade Federal de Goiás. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/453770991180366>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7631-9761>. E-mail: marcia.soares@ufg.br.

constitution employed in the rulings. The research was bibliographical and qualitative, using the inductive and descriptive method.

Keywords: Constitucional. Judicial Activism. Judicial Review. Minorities.

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira, também conhecida como Constituição Cidadã, nasceu após um longo período ditatorial no Brasil. Em um dos processos mais democráticos e participativos da história da República Brasileira, a Assembleia Nacional Constituinte promulgou a nova Carta Magna no dia 05 de outubro de 1988, após 20 meses de trabalho. Assim, iniciava-se no Brasil o maior período de estabilidade democrática da história, graças aos direitos e garantias assegurados na Constituição Federal.

A consolidação do Estado Democrático de Direito se deu a partir do respeito aos direitos e garantias fixados no texto constitucional, mas também através dos diversos mecanismos de preservação de integridade da essência da Constituição. O constituinte originário sabidamente inseriu dispositivos que garantem a supremacia da Carta Magna no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, atribuiu ao Poder Judiciário, e ao Supremo Tribunal Federal em última instância, o exercício do controle de constitucionalidade de atos e normas legais. (Mendes; Branco, 2021)

Com isso, essa pesquisa se inicia conceituando e observando a evolução histórica do controle de constitucionalidade, sobretudo no direito francês e norte americano, além de listar e comentar sobre as espécies de controle de constitucionalidade presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, busca compreender o papel dos mecanismos de controle constitucional na garantia e defesa de direitos fundamentais e sociais da população LGBTQIAPN+.

A pesquisa também analisou os papéis dos demais Poderes da República na garantia de constitucionalidade durante a elaboração de leis e atos normativos, buscando entender a causa da judicialização da política, tão presente no Brasil. Passando ao Poder Judiciário, foram analisados os três principais papéis desempenhados pelas Cortes Constitucionais ao redor do mundo, destacando que o ativismo judicial não precisa necessariamente ser considerado como interferência indevida do Poder Judiciários nos demais Poderes, e sim a ocupação de espaços vazios que precisam ser ocupados para a garantia de direitos constitucionais à cidadãos que são negligenciados pela política.

Ao final, a pesquisa buscou compreender como o Supremo Tribunal Federal se comporta diante da opinião pública e como a repercussão de suas decisões impacta o processo decisório da Corte. Além disso, ressaltou o papel emancipatório dos preceitos fundamentais para a população LGBTQIAPN+, que, devido seu caráter abstrato, conferem direitos sem distinção ou preconceito entre os cidadãos. Por fim, examinou-se a técnica jurídica empregada no julgamento da ADI 4275 e da ADPF 132, dois julgados de extrema relevância e marcantes na luta da população LGBTQIAN+ por direitos básicos e dignidade.

Essa pesquisa, de base bibliográfica, documental e observacional, consultou, principalmente, as obras de Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco para enfrentar as seguintes problemáticas: Qual é o papel do Poder Judiciário na emancipação da população LGBTQIANPN+? Qual é o impacto da falta de qualidade legislativa na imagem e na percepção popular do Poder Judiciário? Como a ADPF 132 e ADI 4275 contribuíram para o avanço dos direitos da população LGBTQIAPN+?

MATERIAL E MÉTODOS

É uma pesquisa teórica com bases bibliográfica, exploratória, quantitativa e qualitativa. As principais fontes de dados da pesquisa são bibliográficas, com algumas contribuições documentais e observacionais. (Mezzaroba; Monteiro, 2009)

A parte teórica da pesquisa se fundamenta em Luís Roberto Barroso; Alexandre de Moraes; Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco; José Carlos Buzanello; Ricardo Cunha Chimenti; Dirley da Cunha Júnior; Andreo Aleksandro Nobre Marques; Danilo Henrique Nunes, Lucas Souza Lehfeld e Luciano Dal Sasso Masson; Ingo Wolfgang Sarlet

As principais fontes de dados da pesquisa são bibliográficas, com algumas contribuições documentais, legislação e jurisprudências. Trata-se, portanto, de um estudo com base no método indutivo, por derivar de observações da realidade com conclusões particulares, e dialético por considerar o contexto social na análise dos fatos e argumentos apresentados.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, assegurando a conformidade das leis e atos normativos com a Constituição. Trata-se de um mecanismo essencial para a preservação da supremacia constitucional e para a defesa dos princípios e

valores estampados no texto pelo constituinte originário, consolidando a estabilidade institucional. Para entender melhor esse mecanismo, é preciso conceituar e analisar seu fator de historicidade, percebendo assim a importância e a origem da necessidade de tal instrumento constitucional.

O direito comparado apresenta diversas fontes e diretrizes para o direito brasileiro no controle de constitucionalidade. Dessa forma, entender o contexto e a motivação da adoção de determinadas espécies de revisão judicial das leis e atos normativos é importante para concluir o caminho adotado pelo legislador originário brasileiro na concessão do dever de guarda da Constituição ao Poder Judiciário.

1.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Com o advento da Revolução Americana e da Revolução Francesa, novos modelos e aspirações constitucionais foram idealizados. Com o fim do regime absolutista na França e da dominação colonial nos Estados Unidos, os constituintes desses dois países estruturaram em suas constituições diferentes formas de proteger a recém-adquirida liberdade (Mendes; Branco, 2021).

Na França, após o longo e traumático período de Revolução, a nova classe política motivada por ideais iluministas, tratou de implementar na nova constituição a separação dos poderes advogada por Montesquieu, com forte ênfase nos Poderes Legislativo e Executivo, rebaixando e subordinando o Poder Judiciário ao Poder Legislativo no ponto de vista funcional, como observado, por exemplo, no instrumento do *référé législatif* previsto no ordenamento jurídico francês entre 1790 e 1837, em que cabia ao Poder Legislativo interpretar a obscuridade no texto de uma lei atacada três vezes em um Tribunal de Cassação, vinculando o Tribunal ao decreto emitido (Mendes; Branco, 2021).

Tal modelo de supremacia do parlamento, talvez adotado devido ao recente trauma sobre o monopólio de julgamento e autoritarismo do regime absolutista monárquico, constrangia o poder de julgar a uma posição de menor influência e sedimentava a restrição ao exercício da hermenêutica jurídica com a ideia de que nenhum juiz poderia interpretar a lei conforme sua visão (Mendes; Branco, 2021).

Nos Estados Unidos, ao contrário do que se via na Europa, a preocupação maior era sobre o possível desequilíbrio nos poderes do Parlamento em face dos demais, como observado nas leis e taxas impostas pelo Parlamento britânico as vésperas da independência norte-americana. Dessa forma, a elite estadunidense e os “pais fundadores” traçaram um caminho de equilíbrio dos poderes para evitar ambições hegemônicas do Congresso (Mendes; Branco, 2021).

Como os poderes legislativo e executivo originavam da mesma fonte de legitimidade, o voto popular, reparou-se a necessidade de proteção das minorias. Nesse sentido, os limites do exercício dos poderes deveriam estar claramente delimitados em um documento vinculante e que fosse rígido o suficiente para não ser alterado pela mesma maioria que teria o poder limitado por ele. Assim, viabilizou-se o princípio da supremacia da Constituição sobre as leis (Mendes; Branco, 2021).

A supremacia da Constituição demanda uma forte proteção por meio de um processo mais dificultoso e solene de mudança do texto constitucional. A rigidez do texto é capaz de explicitar a origem superior no poder constituinte originário, sendo ele o responsável por estabelecer o que poderia ser modificado e como se daria o processo.

A concepção da Constituição como norma jurídica suprema criou as condições necessárias para que se admitisse aos juízes a função de controlar a legitimidade constitucional das leis. Somente há supremacia da Constituição quando se extraem consequências concretas para as normas com pretensão de validade opostas à Carta – isto é, quando se pode expulsar do ordenamento jurídico a norma editada em contradição com a Lei Maior. (Mendes; Branco, 2021)

Nesse sentido, o papel do Poder Judiciário foi acentuado com a doutrina do *judicial review* adotada quando do julgamento do caso emblemático *Marbury v. Madison*. Embora não previsto na Constituição dos Estados Unidos, essa ferramenta de controle de constitucionalidade nasce com a ideia de que os juízes não deveriam aplicar em suas decisões leis que ferem os ideais constitucionais.

O caso *Marbury v. Madison* reclama superioridade para o Judiciário, argumentando, essencialmente, com a ideia de que a Constituição é uma lei, e que a essência da Constituição é ser um documento fundamental e vinculante. Desenvolve a tese de que interpretar as leis insere-se no âmbito das tarefas próprias do Judiciário. Em caso de conflito entre dois diplomas, o juiz deve escolher, segundo a técnica aplicável, aquele que haverá de reger a situação levada a julgamento. Cabe, por isso, ao Judiciário, diante da hipótese de conflito entre uma lei infraconstitucional e a Constituição, aplicar essa última e desprezar a primeira. Afinal, como todos os Poderes Públicos devem se sujeitar à Constituição, e uma vez que incumbe ao Judiciário a tarefa de interpretar em derradeira instância a Constituição, os atos dos demais Poderes podem ser anulados por decisão do Judiciário, na qualidade de intérprete máximo da Constituição. (Mendes; Branco, 2021, p. 97)

Assim, o *judicial review* estabelece o papel central do Poder Judiciário na interpretação de leis e atos dos demais poderes e na sua análise de constitucionalidade. Dessa forma, atua como intérprete máximo da Constituição, protegendo a supremacia do texto constitucional e os ideais dispostos pelo constituinte originário.

No Brasil, o controle de constitucionalidade se apresentou apenas ao final do século XIX, passando de forma tão simbólica e acessória pela primeira Constituição pós-independência que não há de se tratar como ferramenta de controle de constitucionalidade.

A Constituição Imperial de 1824 trazia a figura do Poder Moderador que nada mais era do que uma ferramenta de conceder primazia ao poder do Imperador em detrimento dos Poderes Legislativo e Judiciário. Na Carta de 1824, era possível verificar que a guarda da Constituição foi atribuída ao Poder Legislativo, mas não foi indicado nenhum instrumento para atingir esse fim, o que na prática esvaziou o tema e impossibilita tratar tal mecanismo como controle de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade não foi confiado ao Poder Judiciário na primeira Constituição brasileira não só para manter o poder concentrado nas mãos do Imperador, mas também devido à forte influência exercida pelo modelo francês e britânico na elaboração da Carta Magna de 1824. (Clève, 2000, p. 80-81 *apud* Marques, 2016, p. 18).

A Constituição Republicana de 1891 foi a primeira a estabelecer alguma forma de controle de constitucionalidade em razão da influência norte-americana. O sistema difuso foi adotado e competia aos Tribunais e juízes federais a apreciação das causas em que quaisquer das partes fundamentassem a ação ou defesa em dispositivo constitucional, devendo esses deixar de aplicar ao caso concreto leis manifestamente inconstitucionais. Da mesma forma, estabelecia a competência do Supremo Tribunal Federal para analisar recursos das decisões de última instância, sempre que se contestasse a validade das leis ou atos dos governos dos Estados perante a Constituição. (Bittencourt, 1997, p. 28 *apud* Marques, 2016, p. 18).

Mais adiante na história, a Constituição de 1934 deu um grande passo em direção ao controle de constitucionalidade concentrado, ao passo que, conforme a nova Carta Magna, os tribunais somente poderiam reconhecer a inconstitucionalidade por meio de voto da maioria absoluta de seus membros. Além disso, foi atribuído ao Procurador Geral da República o papel de comunicar ao Senado Federal quando da declaração de inconstitucionalidade de algum ato ou lei pelo Poder Judiciário. Dessa forma, o Senado Federal poderia suspender no todo ou em parte qualquer lei ou ato declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, conferindo efeito *erga omnes* à decisão. No mesmo sentido, criou o instituto da representação interventiva de iniciativa do Procurador Geral da República e competência do Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de ofensa aos chamados princípios constitucionais sensíveis. (Cunha Junior, 2010)

No primeiro período de governança autoritária da República, a Constituição do “Estado Novo” de 1937 abolia a possibilidade de suspensão pelo Senado Federal de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, impedindo a aplicação do efeito *erga omnes*,

também extinguiu a representação interventiva. Além disso, instituiu que o Presidente da República poderia submeter lei considerada inconstitucional ao Poder Legislativo e que em caso confirmada por dois terços dos membros de ambas as Casas, sobejaria sem efeito a decisão do Tribunal. (Palu, 2001, p. 128-129 *apud* Marques, 2016, p. 20-21).

Com a redemocratização e a nova Constituição de 1946, os retrocessos foram superados e o modelo de controle de constitucionalidade voltou aos moldes da Constituição de 1934, com alguns ajustes nos quesitos de cabimento e competência das ações constitucionais. Já no período militar, a Emenda Constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965, instituiu a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, a ser instaurada por provocação do Procurador Geral da República, que permitia a fiscalização de constitucionalidade de toda e qualquer lei e qualquer ato de natureza normativa, federal ou estadual, não somente as leis estaduais como na antiga representação interventiva. Permitiu também que os Estados atuassem na fiscalização de constitucionalidade de leis e atos municipais que conflitassem com a Constituição Estadual por meio dos Tribunais de Justiça. (Marques, 2016, p. 21)

As duas Constituições outorgadas durante o regime militar pouco alteraram o modelo de controle de constitucionalidade. A Constituição de 1967 aboliu a ação de competência originária dos Tribunais de Justiça para o controle de constitucionalidade de ato ou lei municipal que ferissem a Constituição Estadual. Além disso, transferiu a competência do Senado Federal de suspender lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal para o Presidente da República. (Marques, 2016, p. 21). O grande ponto a se destacar na Constituição de 1969 foi a implementação da possibilidade de concessão de medida cautelar nas representações genéricas de inconstitucionalidade (Cunha Junior, 2010, p. 91).

A Constituição Cidadã de 1988 aperfeiçoou o sistema de controle de constitucionalidade, mantendo os métodos difuso-incidental e concentrado-principal. No método difuso-incidental, todo e qualquer juiz ou tribunal pode exercer o controle de constitucionalidade no caso concreto, decidindo pela aplicação ou não de lei ou ato normativo, a depender de sua constitucionalidade, no caso analisado. O método concentrado-principal, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal em casos de controle de constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal e dos Tribunais de Justiça dos estados nos casos de atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual, proporciona uma análise em abstrato da constitucionalidade do dispositivo legal (Cunha Junior, 2010, p. 91).

Com o espírito democrático e inclusivo, a Constituição Federal de 1988 ampliou consideravelmente o rol de ações pelo modelo concentrado-principal de constitucionalidade e terminou com a legitimidade ativa exclusiva do Procurador Geral da República presente nas Constituições anteriores, incluindo em seu artigo 103 um amplo rol de legitimados para propor ações constitucionais (Cunha Junior, 2010, p. 91). Além disso, introduziu-se o instituto da súmula vinculante, que a partir da decisão de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, poderá instituir súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

1.2 ESPÉCIES E MÉTODOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O sistema de supremacia constitucional adotado pelo Brasil requer mecanismos e ferramentas capazes de proteger o texto constitucional de desvirtuamentos ao longo do tempo. Dessa forma, prevendo possíveis deturpações do espírito constitucional e tirania da maioria em turno nos Poderes da República, o legislador originário incluiu na Constituição Federal de 1988 dispositivos e métodos de controle de constitucionalidade, alguns já presentes em Constituições brasileiras anteriores.

Mas essa supremacia constitucional restaria comprometida se não existisse um sistema que pudesse garanti-la e, em consequência, manter a superioridade e força normativa da Constituição, afastando toda e qualquer antinomia que venha agredir os preceitos constitucionais. (Cunha Junior, 2010, p. 39)

Nesse sentido, existem no ordenamento jurídico pátrio dois métodos de controle de constitucionalidade, sendo eles o difuso e o concentrado. Esses métodos são modalidades do controle repressivo de constitucionalidade exercido, via de regra, pelo Poder Judiciário, existindo também o controle preventivo de constitucionalidade exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo. Ressalta-se ainda que o controle de constitucionalidade pode incidir sobre as chamadas Inconstitucionalidade Formal, quando a forma do ato desrespeita a norma constitucional, e Inconstitucionalidade Material, nesse caso versando sobre o mérito da matéria apreciada.

O controle de constitucionalidade preventivo exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo se apresentam de formas distintas para cada um deles. No caso do Poder Legislativo, a Constituição Federal prevê no artigo 58 a criação de comissões constituídas na forma e com

as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. Assim, os regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal estabeleceram, em obediência a Constituição Federal, a criação de comissões de constituição, justiça e cidadania em ambas as casas legislativas para apreciação dos aspectos técnicos, legais, jurídicos, regimentais e constitucionais das matérias em tramitação. Dessa forma, o controle de constitucionalidade preventivo se dá antes mesmo da votação na matéria em plenário, sendo rejeitada antes de ser colocada em votação por vício em qualquer um dos aspectos mencionados, não impedindo, porém, o controle preventivo pelo próprio plenário quando da votação da proposta legislativa (Moraes, 2003, p. 473).

A possibilidade de controle de constitucionalidade preventivo pelo Poder Executivo se dá pelo veto jurídico do Presidente da República, conforme determinado pela Constituição Federal no artigo 66, parágrafo primeiro. Assim, o Presidente da República tem a prerrogativa de vetar projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional se o considerar inconstitucional. Nesse sentido, compreende-se o controle preventivo de constitucionalidade como etapa do processo legislativo, sendo realizado nas comissões do Congresso Nacional e pelo Presidente da República.

A outra modalidade de controle de constitucionalidade é a atuação repressiva, ou seja, quando o ato normativo ou lei já foi editado e precisa passar, via de regra, por análise do Poder Judiciário para, então, ser retirado do ordenamento jurídico quando contrário a Constituição Federal. Nessa modalidade, têm-se dois métodos: o controle difuso e o concentrado.

O controle difuso permite a qualquer juiz ou tribunal realizar o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, aplicando ou não tal dispositivo ao caso concreto. Vale ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade manifestada pelo Poder Judiciário no caso do controle difuso apenas se aplica ao caso concreto, não extrapolando para terceiros, muito menos adquirindo caráter *erga omnes*, conforme posicionamento de Alexandre de Moraes:

Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros. (Moraes, 2003, p. 476)

O controle concentrado de constitucionalidade foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 16 de 06 de dezembro de 1965, que atribuiu ao

Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originalmente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo apresentada pelo Procurador Geral da República. Apesar da existência da representação interventiva desde a Constituição de 1934, essa é a primeira vez que o controle concentrado de constitucionalidade é centralizado em um só órgão do Poder Judiciário.

Por meio do controle concentrado, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo sem necessariamente estar perante um caso concreto. Dessa forma, pode-se avaliar esse controle como abstrato, uma vez que a análise de constitucionalidade parte de princípios e teoria constitucional, não diante do caso concreto (Moraes, 2003).

Na forma concentrada, a Constituição Federal de 1988 apresenta, atualmente, cinco principais modalidades de ações direcionadas à análise de constitucionalidade normativa, são elas: Ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Mandado de Injunção; Ação Declaratória de Constitucionalidade; Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Mendes; Branco, 2021).

A Constituição Federal de 1988 seguiu com a ideia da representação interventiva, agora chamada de Ação Direta de Inconstitucionalidade, e ampliou consideravelmente o rol de legitimados para a sua propositura. O fim do monopólio do Procurador Geral da República representou um avanço democrático e fortaleceu a atuação de membros da sociedade e política na guarda da Constituição. O objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade é a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual perante a Constituição Federal. Dessa forma, com o reconhecimento de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a norma impugnada é afastada do ordenamento jurídico, representando um ataque à existência e validade de tal dispositivo legal (Buzanello, 1997).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa atacar mora na regulamentação do comando constitucional, sendo assim uma tutela de direito objetivo. A preservação de direito fundamental que está sendo restringido ou impossibilitado por omissão normativa é objetivo principal dessa ação. Dessa forma, quando do julgamento da ADO, o Supremo Tribunal Federal reconhecer mora na regulamentação e declara-la inconstitucional, a Constituição Federal dispõe que “será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (Brasil, 1988).

No mesmo sentido, o Mandado de Injunção pretende proteger uma tutela de direito subjetivo, sendo direcionada à falta de norma regulamentadora que torna inviável o exercício de direitos constitucionais em um caso prático. Seguindo o mesmo espírito da ADO, o Mandado de Injunção visa declarar a mora legislativa regulamentadora de direito fundamental como inconstitucional, podendo ser feito no caso concreto individual ou coletivo.

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade tem por objetivo o reconhecimento da constitucionalidade de lei ou ato normativo mediante demonstração da existência de controvérsia judicial. Assim, para combater a insegurança jurídica que determinada norma introduziu no ordenamento jurídico, requer-se ao Supremo Tribunal Federal a apreciação e declaração da constitucionalidade de determinada norma jurídica afim de encerrar repetidas controvérsias judiciais. (Mendes; Branco, 2021).

Por fim, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental é cabível para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. A ADPF é introduzida no ordenamento jurídico brasileiro como complemento ao sistema de controle de constitucionalidade, permitindo a análise constitucional de dispositivos antes não abrangidos pelas demais ações, como, por exemplo, atos normativos municipais e pré-constitucionais. A ADPF tem como objetivo a preservação dos preceitos fundamentais da Constituição, podendo ser citados como exemplo os direitos e garantias individuais, as cláusulas pétreas e os princípios constitucionais sensíveis. Destaca-se o caráter subsidiário dessa ação, somente sendo admitida quando não houver nenhum outro meio mais eficaz de sanar o ato lesivo, e os efeitos *erga omnes* e vinculante advindos do seu julgamento.

Com isso, observa-se que o constituinte originário logrou êxito na instituição de mecanismos de controle de constitucionalidade para garantir o espírito e a supremacia constitucional. Nas palavras de Cunha, 2010: “O controle de constitucionalidade, portanto, revela-se como uma importante garantia da supremacia da Constituição, haurindo daí a sua própria razão de ser”.

1.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E PRESERVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição brasileira, também conhecida como Constituição Cidadã, nasceu após um longo período ditatorial no Brasil. Em um dos processos mais democráticos e participativos da história da República Brasileira, a Assembleia Nacional Constituinte promulgou a nova

Carta Magna no dia 05 de outubro de 1988, após 20 meses de trabalho. Assim, iniciava-se no Brasil o maior período de estabilidade democrática da história, graças aos direitos e garantias assegurados na Constituição Federal.

A consolidação do Estado Democrático de Direito se deu a partir do respeito aos direitos e garantias fixados no texto constitucional, mas também através dos diversos mecanismos de preservação de integridade da essência da Constituição. O constituinte originário sabidamente inseriu dispositivos que garantem a supremacia da Carta Magna no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, atribuiu ao Poder Judiciário, e ao Supremo Tribunal Federal em última instância, o exercício do controle de constitucionalidade de atos e normas legais. (Mendes; Branco, 2021)

Em uma sociedade contemporânea e civilizada, a proteção dos direitos das minorias assume um papel central na construção de uma democracia plena e de um sistema de justiça saudável. Nesse cenário, o controle de constitucionalidade, inserido na Constituição Federal pelo constituinte originário, emerge como um pilar vital na defesa dos direitos e liberdades dos grupos minoritários, blindando preceitos fundamentais de ataques e pautas reacionárias populares.

A Constituição Federal, como baluarte dos direitos fundamentais, garante a todo o povo brasileiro proteção da diversidade em todos os aspectos da vida pessoal, desde a livre manifestação política a liberdade religiosa. No entanto, a efetividade dessas proteções depende, em grande medida, da capacidade do sistema jurídico em garantir sua aplicação e defesa. Conforme Cunha Júnior (2010, p. 39): “O controle de constitucionalidade, portanto, revela-se como uma importante garantia da supremacia da Constituição, haurindo daí a sua própria razão de ser.”

Para garantir essa supremacia, é necessária a adoção de mecanismos de controle de leis e atos normativos posteriormente criados para impedir desvirtuamento dos objetivos almejados pelo legislador originário. Nesse diapasão, o controle jurisdicional e de constitucionalidade, inspirado no *judicial review* norte-americano, foi o instrumento adotado pelo constituinte originário para a plena e efetiva supremacia da Constituição Federal. (Mendes; Branco, 2021)

Dessa forma, observa-se como os mecanismos de controle de constitucionalidade são necessários para a manutenção da democracia em sentido amplo e dos demais valores e princípios constitucionais.

A democracia constitucional tem como componente nuclear o respeito aos direitos fundamentais, que devem ser garantidos inclusive contra a vontade eventual das maiorias políticas. O arbítrio final das tensões entre vontade da maioria e direitos fundamentais e, portanto, protagonista institucional dessa dimensão da democracia, é a Suprema Corte. (Barroso, 2017, p. 17).

Assim, induz-se que ao incumbir o Supremo Tribunal Federal da guarda da Constituição Federal no artigo 102 da Carta Magna, o constituinte confiou ao Poder Judiciário a vigilância de toda a estrutura do Estado Democrático de Direito e espírito constitucional, conferindo poderes para desfazer atos dos demais poderes que violem o texto e os princípios constitucionais e garantir o pleno gozo de direitos e garantias aos cidadãos brasileiros.

2 INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS E CONSTITUCIONALIDADE

Todas as instituições democráticas devem observar a essência e o texto constitucional na elaboração e apreciação de leis e atos normativos. No entanto, a baixa qualidade legislativa nas últimas legislaturas ampliou o arrastamento do debate que deveria ocorrer no campo político ao Poder Judiciário, resultando em forte judicialização da política. Ao Judiciário foi atribuído o papel de analisar por último e conceder a última palavra sobre os temas propostos o que pode ocasionar grande exposição e questionamentos do seu papel institucional.

Para evitar posicionamentos equivocados, deve-se observar os papéis desempenhados pelas Cortes Constitucionais, bem como a importância de seu posicionamento perante omissões e desleixo legislativo e de políticas públicas. O papel muitas vezes considerado ativista da Suprema Corte, pode ser importante para garantir a observância dos preceitos fundamentais, além dos direitos e garantias estabelecidas pela Constituição Federal.

2.1 PAPEL DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO NA GARANTIA DE CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS

O constituinte originário, de forma muito prudente, adotou na elaboração da Constituição Federal, várias etapas no rito de modificação constitucional. A exigência de um quórum mais qualificado e votações em dois turnos nas duas casas legislativas naturalmente ampliam o debate acerca da matéria em análise, propiciando a identificação de equívocos jurídicos e irregularidades, no sentido constitucional, do texto da proposta. As demais formas

de leis, embora apresentem diferenças no rito de aprovação entre si, permitem um debate mais acelerado e menos qualificado, no sentido material.

Dessa forma, a Constituição Federal retira a exclusividade do Poder Judiciário de realizar o controle de constitucionalidade, permitindo com que os demais poderes da República se manifestem acerca da inconstitucionalidade do texto legal em apreciação e realizem atos para frear seu avanço. No caso do Poder Executivo, a Constituição Federal garante o exercício do controle de constitucionalidade ao Presidente da República no artigo 66, §1º, que se dá em caráter político-preventivo, vetando trechos, ou inteiro teor, de leis aprovadas pelo Congresso Nacional, evitando assim o ingresso de dispositivo legal inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao Poder Legislativo, até mesmo devido sua atribuição legiferante, foi concedido pelo texto constitucional maiores possibilidades de impedir a edição de normas inconstitucionais, podendo exercer tanto o controle de constitucionalidade repressivo quanto preventivo. A atribuição repressiva se dá na análise da função atípica de legislar do Presidente da República, que acontece por meio de medidas provisórias e decretos. Esses atos presidenciais estão sujeitos ao controle de constitucionalidade por parte do Congresso Nacional, que pode suspender os decretos que ultrapassam o limite da delegação legislativa ou a forma constitucional prevista para a sua edição por meio de um decreto legislativo, bem como na análise dos parlamentares de medidas provisórias no processo legislativo para o ingresso em definitivo do ato que se faz lei.

Note-se que, enquanto espécie normativa, a medida provisória, uma vez editada, está perfeita e acabada, já tendo ingressado no ordenamento jurídico com força de lei independentemente de sua natureza temporária. Assim, o fato de o Congresso Nacional rejeitá-la, impedindo que converta-se em lei, ou mesmo que fosse reeditada por ausência de deliberação, em face da flagrante inconstitucionalidade, consubstancia-se em controle repressivo. (Moraes, 2017, p. 475)

De outra forma, como meio de evitar o surgimento na origem de leis inconstitucionais, o constituinte estabeleceu a obrigatoriedade de instalação de comissões para apreciação dos projetos de lei antes da votação em plenário, e o regimento interno de ambas as casas legislativas estabeleceu a criação de comissões de constituição e justiça para o exercício do controle preventivo de constitucionalidade. Além das comissões compostas por parlamentares em ambas as casas, o controle preventivo de constitucionalidade também se dá na votação em plenário, onde é possível rejeitar o texto da lei em votação por inconstitucionalidade.

Dessa forma, é esperado do Congresso Nacional um rígido controle das matérias votadas e aprovadas em ambas as casas legislativas para que as propostas inconstitucionais sejam impedidas em sua gênese. No entanto, com a baixa qualidade legislativa, do ponto de vista material, observada nas últimas legislaturas, nota-se cada vez mais frequente a aprovação de projetos de leis teratológicos, que, posteriormente submetidos ao controle concentrado de constitucionalidade perante o Poder Judiciário, são invalidados e deixam de existir no ordenamento jurídico, quando não deveriam sequer ter avançado na comissão de constituição e justiça pelos latentes vícios materiais e/ou formais.

2.2 PAPÉIS INSTITUCIONAIS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

A missão das cortes constitucionais é fazer valer a Constituição contra agressões e subversões oferecidas pelos outros poderes da República ou mesmo por particulares. Desse modo, ao conferir a função de guarda da Constituição ao Supremo Tribunal Federal, o art.102, caput, da Carta Magna, espera que ao defender o espírito constitucional, a Corte atue em proteção aos direitos das minorias e ao socorro dos oprimidos pelas majorias de ocasião.

Segundo Barroso (2019), “são três os papéis desempenhados pelas supremas cortes e tribunais constitucionais quando acolhem o pedido e interferem com atos praticados pelo Poder Legislativo”, sendo eles os papéis contra majoritário, representativo e iluminista. Embora bem definidos, esses papéis podem ser cumulados entre si nas decisões proferidas pelas cortes constitucionais.

O primeiro, e maior objeto de estudo do presente artigo, papel contra majoritário, reflete no controle de constitucionalidade, onde a Suprema Corte pode anular ato praticado pelo Presidente da República, ou lei elaborada pelo Congresso Nacional, seja por vício material, seja por vício formal de constitucionalidade. Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal busca manter a autocontenção a fim de evitar interferência indevida no processo decisório de políticas públicas e caminhos decididos pelos demais Poderes para atingir o projeto de país almejado.

Na grande maioria dos casos, ao exercer o controle de constitucionalidade, as cortes constitucionais mantêm a legislação impugnada, julgando improcedente o pedido. Isto se deve à primazia que a Constituição deu ao Legislativo para a tomada de decisões políticas e à deferência que os tribunais devem aos atos dos outros ramos do governo, em nome do princípio da separação de Poderes. Como consequência, uma quantidade relativamente pequena de leis é declarada inconstitucional. (Barroso, 2019, p. 13)

A despeito de não terem recebido um único voto popular para exercer o cargo de Ministro da Suprema Corte, esses julgadores gozam de legitimidade para sobrepor, com suas

decisões, atos e normas elaboradas por Poderes compostos por membros democraticamente eleitos e investidos de mandato representativo e legítimo. A legitimidade da jurisdição constitucional é celebrada e aceita em quase consenso pela melhor doutrina, haja vista estar fundamentada na proteção de direitos fundamentais e na proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos (Barroso, 2019, p. 15).

O papel representativo é exercido quando o Supremo Tribunal Federal age no vácuo legislativo para atender demandas sociais que estão sendo negligenciadas pelos Poderes Executivo e, principalmente, Legislativo. A interpretação extensiva do texto constitucional tem como objetivo primário atender a direitos constitucionalmente previstos ao mesmo tempo em que evita cruzar o rubicão legiferante competente ao Poder Legislativo.

Note que no papel representativo a posição do Tribunal ocorre quando existe compatibilidade da demanda social, vontade da maioria, com o ordenamento jurídico-constitucional do país. Por vezes, demandas e pautas de grande repercussão social e que agitam as massas podem não encontrar respaldo na Constituição Federal, podendo, inclusive, esse ser o motivo da inação do Poder Legislativo e essa seria, então, uma posição que a Suprema Corte não se submeteria.

Nesse sentido, existem julgados recentes do Supremo Tribunal Federal que foram amplamente requisitados e apoiados pela maioria da população por não encontrarem eco no Parlamento. Cabe ressaltar, à título de demonstração, o julgamento da constitucionalidade da proibição de contratar cônjuge, companheiro ou parentes para o exercício de funções de confiança e de cargos públicos na estrutura do Poder Judiciário, proibição que foi, posteriormente, estendida pela jurisprudência do Tribunal para os Poderes Executivo e Legislativo. Seguindo a linha do controle de constitucionalidade, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do financiamento privado de campanhas eleitorais, por ter verificado que, a forma como foi estruturado, tal instituto reforçava e incentivava a influência do poder econômico sobre os resultados das eleições e provocava distorções no sistema representativo. Destaca-se que todas essas demandas poderiam e deveriam, preferencialmente, ter sido promovidas pelo campo político, mas não foram. (Barroso, 2019, p. 22)

O papel iluminista, e mais delicado dos três principais, exige grande habilidade e delicadeza na jurisdição para não usurpar a competência legislativa do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que precisa ser enfática para garantir que minorias, grupos marginalizados e pautas de pouco ganho eleitoral não sejam abandonadas e devam curvar-se perante a maioria de turno.

Essa terminologia, derivada do movimento que marcou a Idade Moderna com grandes avanços e progressos no pensamento social, econômico, moral, científico e filosófico, tem o intuito de ilustrar o que representa esse papel das cortes constitucionais, que conforme Barroso (2019) é o de empurrar a história na direção do progresso social para homens e mulheres e estar na vanguarda dos direitos sociais.

Grandes avanços sociais foram originados nas supremas cortes, como, por exemplo, o caso *Brown v. Board of Education*, em que a Suprema Corte norte americana definiu que a segregação de crianças negras e brancas nas escolas feria a 14ª Emenda à Constituição americana que impõe igualdade perante a lei. Tal decisão inflamou o movimento pelos direitos civis que culminou no fim da segregação nos Estados Unidos (Barroso, 2019, p. 27). Outro exemplo, dessa vez no Brasil, é a própria ADI 4275 objeto de análise deste artigo. O Supremo Tribunal Federal nessa ocasião deu interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil reconhecendo a união civil entre pessoas do mesmo sexo, atuando de forma contrária ao senso comum da época eivado de preconceitos, portanto contra majoritária, e empurrando mais uma vez a história rumo ao progresso, em seu papel iluminista (Barroso, 2019, p. 26).

Ora, se a grande e honrosa função da Suprema Corte é a de guarda da constituição e todos os seus preceitos e garantias fundamentais, como poderia essa mesma corte se omitir perante grave ofensa a esses fundamentos em nome de uma suposta autocontenção? Os valores democráticos e humanistas da Constituição Federal de 1988 exigem uma atuação do Supremo Tribunal Federal quando a omissão legislativa ofende direitos concedidos por essa mesma Constituição. Não o fazer seria uma desonra ao seu papel constitucional e ao espírito democrático da Corte.

2.3 ATIVISMO JUDICIAL E GARANTIA DE DIREITOS

O termo ativismo judicial é muitas vezes, de forma errônea, confundido e atribuído ao papel iluminista da Suprema Corte. Tal terminologia tem origem nos Estados Unidos e foi cunhado durante o período entre 1954 e 1969, em que Earl Warren presidiu a Suprema Corte norte americana, na fase denominada Corte de Warren. Devido à forte jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais nesse período, setores da direita estadunidense rotularam a atuação da Corte como ativismo, em sentido pejorativo, de forma a desacreditar os avanços sociais recém-instituídos (Barroso, 2019, p. 17).

A grande judicialização da política aumenta, consequentemente, a quantidade de decisões judiciais em matéria legislativa e disputa eleitoral. Os princípios da inevitabilidade e da inafastabilidade da jurisdição garantem que todas as demandas que cheguem ao Poder Judiciário encontrem respostas nas decisões judiciais. No entanto, quando a demanda encontra o seu destino lógico, que é a resolução por uma sentença judicial, a parte perdedora, seja ela um particular ou um movimento político-ideológico, inconformada em ver que sua visão de mundo se tornou inadequada perante a Constituição Federal, pode recorrer à narrativas e ataques ao órgão proferidor de tal decisão.

No entanto, segundo Barroso (2016) o ativismo judicial não precisa ter uma conotação ideológica ou um sentido pejorativo, até mesmo porque em muitas situações não existe sequer um confronto com os demais Poderes ou uma suposta usurpação de competência, apenas uma mera ocupação de espaços vazios que carecem de definição para atender determinados grupos sociais.

O contrário do ativismo judicial é a autocontenção judicial, em que o Poder Judiciário, mesmo decidindo sobre a questão demandada, reduz sua interferência nos outros Poderes em deferência a esses. A principal diferença entre os dois métodos de resolver a demanda é que no caso do ativismo judicial existe uma interpretação extensiva do texto constitucional, construindo regras de conduta a partir de princípios e conceitos jurídicos indeterminados. Já no método de autocontenção, o Poder Judiciário, mais especificamente a Suprema Corte, abre mais espaço aos demais poderes determinando prazos e estabelecendo metas para que esses decidam sobre suas omissões ou adequem suas ações à ordem constitucional (Barroso, 2009, p. 14)

Por mais que o presente estudo pretende afirmar a legitimidade das decisões extensivas e ativistas das cortes constitucionais quando em face de situações e condições que colocam grupos sociais em risco devido eventual omissão legislativa pelo Poder Legislativo ou de ausência de execução de políticas públicas pelo Poder Executivo, reconhece-se o caráter excepcional desse método de interpretação constitucional. Conforme Barroso (2019) a jurisdição não deve suprimir as vozes das ruas e nem ser o principal palco dos debates políticos. Dessa forma, os Tribunais devem promover na maior parte dos casos a interlocução entre sociedade civil e o legislador para que esse supra suas omissões e ampare os grupos vulneráveis com a manta constitucional, e reservar o direito de intervir para os casos nos quais estejam presentes afrontas latentes do texto e do espírito da Constituição.

3 O PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DE MEDIDAS EMANCIPADORAS DA POPULAÇÃO LGBTQIAPN+

A posição de emanador do último posicionamento sobre os vícios de constitucionalidade de leis e atos normativos pode acarretar repercussões na opinião pública e percepções distorcidas sobre suposta intervenção em outros Poderes e usurpação de competência por parte do Poder Judiciário. Ocorre que muitas decisões da Suprema Corte surgem em um vácuo legislativo e perante omissão dos Poderes Legislativo e Executivo que provocam situações de desigualdade material entre a maioria da população e minorias sociais.

142

Nesse contexto de promoção de garantias e direitos às minorias sociais, mais especificamente à população LGBTQIAPN+, existem dois julgados do Supremo Tribunal Federal que merecem análise por serem considerados marcos civilizatórios na conquista e no avanço da luta dessa população. A técnica jurídica de interpretação conforme a constituição empregada no julgamento ADI 4275 e a ADPF 132 são de grande relevância no estudo de matéria constitucional e merecem ser analisadas.

3.1 PAPEL DA OPINIÃO PÚBLICA DIANTE DA FORMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA AOS DIREITOS DA POPULAÇÃO LGBTQIAPN+ NOS CASOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Suprema Corte não tem, e nem deve se propor a ter, a função de agradar a opinião pública. Por não terem recebido nem um único voto popular para ocupar a cadeira de Ministro, os juízes das cortes constitucionais não precisam prestar contas aos eleitores e à opinião pública sobre seus votos, devendo manter suas decisões e posicionamentos em um terreno estritamente técnico.

Apesar de não possuir o dever de agradar ninguém com suas decisões, por vezes as vozes das ruas invadem os gabinetes, as turmas e o plenário do Supremo Tribunal Federal, podendo gerar trocas repetidas de entendimento do Tribunal, como no caso do cumprimento provisório de pena após condenação em órgão colegiado, onde a Corte mudou algumas vezes seu posicionamento, sendo claramente afetada pela pressão popular e pelo contexto político à época.

Outras vezes, a Suprema Corte exerce seu papel representativo e iluminista de forma coerente e se propõe a conduzir a história rumo ao progresso independentemente do que pensa a opinião pública, levando em consideração apenas critérios técnicos e constitucionais, como a

dignidade da pessoa humana, direitos e garantias expressos no texto constitucional, contexto de vulnerabilidade de certa parcela da população, entre outros.

Nesse sentido, ao conceder interpretação conforme a constituição ao artigo 1.723 do Código Civil quando do julgamento da ADPF 132, que possibilitou o reconhecimento de união estável em uniões entre pessoas do mesmo sexo, a Corte o fez contrariando a opinião pública à época. Em pesquisa realizada pelo instituto Ibope entre 14 e 18 de julho de 2011, ano do julgamento da referida ação, 55% dos brasileiros eram contrários à união estável entre pessoas do mesmo sexo, sendo esse índice de 63% entre os homens e 48% entre as mulheres (O Globo, 2011).

Dessa forma, contrariando o pensamento da maioria da população brasileira, o Supremo Tribunal Federal agiu com serenidade e seguindo os princípios constitucionais de respeito à diversidade, ao pluralismo, autonomia da vontade, direito a intimidade e à vida privada. O julgamento da ADPF 132 ilustra perfeitamente o papel iluminista das cortes constitucionais, haja vista que 12 anos depois do seu julgamento que contrariou a vontade da parcela majoritária da população brasileira, 51% dos brasileiros apoiam o casamento entre pessoas do mesmo sexo e 15% apoiam algum tipo de reconhecimento legal, enquanto apenas 14% rejeitam qualquer reconhecimento dessas uniões (Ipsos, 2023).

Em outro julgado emblemático sobre direitos da população LGBTQIAPN+, o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, garantindo às pessoas transgênero a possibilidade de alteração do prenome e do sexo no registro civil sem a necessidade de cirurgia de transgenitalização. Ocorre que o Brasil é recordista em assassinatos de pessoas transexuais no mundo, ocupando a primeira posição há 15 anos consecutivamente, sendo que no ano de 2023 foram 145 mortes de pessoas desse grupo. Diante desse dado, é evidente o desleixo da sociedade e do Estado brasileiro com o cuidado com esse grupo minoritário.

Assim, percebe-se que em alguns momentos o Supremo Tribunal Federal age para apaziguar e agradar a percepção do público em seus julgamentos, mas em outra grande parte exerce a jurisdição com sensatez e serenidade, pautando critérios técnicos e exercendo a guarda da Constituição Federal, atribuída pelo constituinte originário, no sentido de assegurar igualdade material, dignidade e garantias constitucionais à todos os brasileiros, em especial aos grupos menos amparados pelo Poder Público e pela sociedade em geral.

3.2 PRECEITOS FUNDAMENTAIS COMO FERRAMENTA DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL

Os preceitos fundamentais não têm sua definição bem estabelecida na doutrina constitucionalista. Na falta de uma explicação pelo texto constitucional, que apenas menciona o termo uma única vez, alguns doutrinadores adotam interpretação mais extensiva e outros mais restrita. No entanto, observando o entendimento e o comportamento do Supremo Tribunal Federal no juízo de admissibilidade e nos julgamentos de ações de Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, nota-se que a Suprema Corte adota uma visão mais extensiva do termo, considerando como preceito fundamental todos os valores que o constituinte originário procurou incluir no texto.

Para Chimenti (2003, p. 117), deve-se entender preceitos fundamentais como princípios constitucionais, incluindo os princípios sensíveis arrolados no artigo 34, VII, da Constituição Federal, os objetivos, direitos e garantias fundamentais, as cláusulas pétreas e outras disposições que visam a proteção dos valores mais relevantes e protegidos pela Constituição.

Dessa forma, pode-se inferir o caráter norteador dos preceitos fundamentais no sistema constitucional, representando verdadeiramente o espírito constitucional, os valores humanistas e a concepção de Estado estabelecida pelos componentes da Assembleia Constituinte. Assim, conforme escrito por Sarlet (2007, p. 35) “não há dúvida que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, ainda que representado por entes coletivos”, que, no caso do Poder Judiciário, exerce a jurisdição no sentido de garantir amparo às minorias negligenciadas e descobertas da abrangência dos preceitos fundamentais.

Nesse sentido, a tutela do Poder Judiciário sobre os preceitos fundamentais tem o condão de garantir a aplicação dos direitos fundamentais às minorias sociais, permitindo a emancipação desses grupos e honrando a missão constitucional de guarda da constituição ao promover a igualdade material entre todos, sem distinção de qualquer natureza.

No entanto, parte da população encontra-se em pé de desigualdade, como no caso das minorias, e a promoção dessa igualdade material pode ser barrada ou encontrar resistência na via legislativa, seja pela morosidade ou pela falta de interesse eleitoral dos parlamentares. Assim, ignora-se o caminho político e procura-se o Poder Judiciário para suprir com celeridade alguma demanda minoritária, como observado na ADPF 132 que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Dessa forma, a judicialização da política adentra na

tentativa de efetivação de direitos fundamentais, consequente da abrangência dos preceitos fundamentais. (Nunes; Lehfeld; Masson, 2022, p. 139)

Apesar de o regime democrático e representativo estabelecer formas e maneiras de promover direitos sociais majoritariamente pela via legislativa, o Poder Judiciário não pode abster-se de utilizar a jurisdição como ferramenta de promoção e guarda dos preceitos fundamentais nos momentos de omissão e violação desses por parte dos Poderes Legislativo e Executivo. O Estado de Direito existe para que as regras do jogo sejam aplicadas a todos de maneira uniforme, incluindo direitos e garantias sociais.

3.3 ADPF 132 E ADI 4275 COMO FERRAMENTAS GARANTIDORAS DE CIDADANIA E IMPULSO AO PROGRESSO CIVILIZATÓRIO

As ações do controle concentrado de constitucionalidade têm o grande poder de provocar a Suprema Corte para assegurar a harmonia de todo o ordenamento jurídico com a Constituição Federal. Leis e atos normativos dissonantes da Carta Magna encontram seu fim definitivo no julgamento dessas ações.

Nesse sentido, em grande parte dos julgamentos das ações do controle concentrado, em especial nos das Ações Direta de Inconstitucionalidade e nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, quando o conteúdo em análise não é completamente inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal utiliza-se da técnica de empregar interpretação conforme a Constituição para ajustar determinado dispositivo legal ao invés de eliminá-lo do ordenamento jurídico.

No caso da ADPF 132, o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 1.723 do Código Civil, que dispõe: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (Brasil, 2002).

O texto legal, apresenta grave discriminação contra núcleos familiares compostos por pessoas do mesmo sexo, o que impossibilitava o reconhecimento de união estável nessas relações, privando as pessoas LGBTQIAPN+ de direitos patrimoniais, herança, benefícios previdenciários, entre diversos outros. Nesse sentido, por estar em dissonância com a Constituição Federal, que nasceu com o propósito maior de conferir igualdade de tratamento e

oportunidade à todos os brasileiros, a Suprema Corte utilizou-se do mecanismo jurídico de empregar interpretação conforme ao dispositivo mencionado. Vejamos:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. ENCAMPAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA ADPF Nº 132-RJ PELA ADI Nº 4.277-DF, COM A FINALIDADE DE CONFERIR “INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO” AO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. ATENDIMENTO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. (ADI 4277, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05-05-2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212)

Dessa forma, a interpretação conforme a Constituição Federal dada pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 1.723 do Código Civil garantiu dignidade aos membros de relações amorosas do mesmo sexo, assegurando direitos que já eram previstos aos casais heteroafetivos, além de cidadania e reconhecimento de sua união, que posteriormente evoluiu para o reconhecimento do casamento pelo Conselho Nacional de Justiça.

No mesmo sentido, quando do julgamento da ADI 4275, a Suprema Corte utilizou a técnica do “entendimento conforme” e também o direito equiparado, buscando referências normativas de outros países. Chegou-se à conclusão de que a exigência de cirurgia

transgenitalizadora para a alteração de prenome e do sexo no registro civil feria gravemente princípios constitucionais, sobretudo a dignidade da pessoa humana, podendo causar diversas situações de constrangimento e vexatórias às pessoas transgênero.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente. (ADI 4275, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01-03-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 06-03-2019 PUBLIC 07-03-2019)

Com isso, o Supremo Tribunal Federal, em uma decisão histórica, fez valer as garantias constitucionais e assegurou a condição de cidadão portador de direitos aos transexuais, grupo que é frequentemente marginalizado, discriminado e assassinado no Brasil apenas em função de sua existência.

Ainda existem muitas formas de avançar no debate e na garantia de direitos à população LGBTQIAPN+, especialmente em relação aos transexuais. No entanto, deve-se reconhecer o imenso avanço civilizatório nesse sentido promovido pelo Supremo Tribunal Federal na última década. Cumprindo seu papel constitucional de guarda da Constituição, a Suprema Corte assegurou desde o direito ao nome e à personalidade aos transexuais até direitos previdenciários, patrimoniais, de adoção, união estável, casamento, herança, entre outros, para toda a população LGBTQIAPN+.

CONCLUSÃO

O assunto abordado no presente artigo é extremamente contemporâneo e apresenta um grande dilema que o Poder Judiciário, como um todo, enfrenta nas democracias modernas. A atuação das Cortes Constitucionais vem sendo confrontada e atacada em diversas partes do

mundo, até mesmo como forma de enfraquecer a legitimidade institucional e, por fim, a democracia.

Agentes políticos usam do desconhecimento da grande massa dos cidadãos e exploram falsas percepções e narrativas, incluindo uma suposta ingerência indevida do Poder Judiciário nos demais Poderes da República. Ocorre que a Constituição Federal confiou ao Poder Judiciário a mais nobre das missões institucionais: a sua preservação e guarda contra investidas e tentativas de subverter o texto e o espírito constitucional.

Com isso, cabe ao Judiciário, e ao Supremo Tribunal Federal em última instância, zelar pelos preceitos, direitos e garantias incluídas pelo legislador originário no texto constitucional. Dessa forma, o papel de inclusão, promoção de dignidade, cidadania, e acesso aos direitos sociais, fundamentais e políticos às minorias sociais, quando não atendido e preenchido pelos Poderes Legislativo e Executivo, é cabível ao Poder Judiciário empregando medidas de emancipação social dessas populações por meio das ferramentas que dispõe, haja vista que as minorias existem como cidadãos portadores de direitos e muitas vezes carecem do mínimo acesso ao exercício da cidadania plena.

Nesse mesmo sentido, a falta de tato social, interesse eleitoral e qualidade legislativa, faz com que as pautas que dizem respeito às minorias sociais, mais especificamente à população LGBTQIAPN+, sejam negligenciadas e raramente encontrem eco e defesa dentro das casas legislativas. O conservadorismo das últimas legislaturas é notório, ignorando qualquer tipo de apelo e necessidade da população LGBTQIAPN+. Com o vácuo deixado pelo Poder Legislativo, o Poder Judiciário é provocado a agir e criar diretrizes, parâmetros e condições para o exercício de direitos para essa população. O legislador que por muito tempo foi omissos nesses temas, induz a população a acreditar em uma suposta intervenção e usurpação de competência através de narrativas construídas e rapidamente difundidas pelas redes sociais.

Essa realidade paralela das redes sociais vem gerando forte impacto na percepção popular e na imagem da Suprema Corte perante a opinião pública. É extremamente importante que os agentes democráticos, políticos e a mídia se posicionem contra esse discurso que distorce a realidade dos fatos e se unam pela preservação das instituições democráticas e republicanas. Destaca-se, inclusive, a relevância e necessidade de estudos sobre a regulamentação das redes sociais e dos conteúdos postados *online*, abordando, sobretudo, a responsabilidade civil e penal dos usuários e das plataformas.

Por fim, cumpre exaltar o papel fundamental da ADI 4275 e da ADPF 132 na promoção da cidadania à população LGBTQIAPN+. Esses julgados, principalmente, forneceram

condições de exercício de direitos básicos a essa população, como o direito à personalidade, liberdade para unir-se civilmente com quem se ama e usufruir de direitos patrimoniais, heranças, previdenciários, entre outros.

Dessa forma, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal age em conformidade com a Constituição Federal quando estabelece parâmetros e balizas legais para o exercício pela população LGBTQIAPN+ de direitos constitucionalmente previstos a todos os brasileiros. A função de guarda da Constituição confiada à Suprema Corte pelo constituinte originário envolve amparar e garantir o pleno exercício de direitos e garantias por todos os filhos desta Pátria, em especial os mais esquecidos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Os Três Papéis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set.-dez. 2019.

BARROSO, Luís Roberto **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo, ed. Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan/dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 49, p. 187-224, jul./set. 2013.

BUZANELLO, José Carlos. Controle de constitucionalidade: a Constituição como estatuto jurídico do político. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 136, p. 33, out.-dez. 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 15 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgada em 1º mar. 2018. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 15 mar. 2018. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>. Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. Relator: Min. Ayres Britto. Julgada em 5 maio 2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 16 set. 2024.

CASTRO, Juliana; FREIRE, Flávio. Pesquisa do Ibope mostra que 55% dos brasileiros são contra união estável entre homossexuais. **O GLOBO**, 28 jul. 2011. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/pesquisa-do-ibope-mostra-que-55-dos-brasileiros-sao-contra-uniao-estavel-entre-homossexuais-2710039>. Acesso em: 16 set. 2024

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Apontamentos de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.
CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática**. 8. ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

IPSOS. **Global Advisor | LGBT+ Pride 2023**. 2023. Disponível em: <https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2023-05/Ipsos%20LGBT%2B%20Pride%202023%20Global%20Survey%20Report%20-%20rev.pdf>. Acesso em: 16 set. 2024.

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Evolução do instituto do controle de constitucionalidade no Brasil: da Constituição Imperial à Emenda Constitucional nº 45/2004. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 170, p. 17-23, abr./jun. 2006.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas Souza; MASSON, Luciano Dal Sasso. Da Extensão Dos Preceitos Fundamentais Constitucionais: Limites À Politização Da Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental (Adpf) E O Papel Do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 111-145, 2º sem. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

*Recebido: 01 de outubro de 2025
Aceito: 20 de outubro de 2025*