

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND

**UMA ANÁLISE DA ADO nº 26 E MI nº 4733 À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO:
A NECESSIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PARA SUPERAÇÃO DO PRECONCEITO
NO LEGISLATIVO**

BERNARDO ASSIS DOS SANTOS

RIO DE JANEIRO

2023

BERNARDO ASSIS DOS SANTOS

**UMA ANÁLISE DA ADO nº 26 E MI nº 4733 À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO:
A NECESSIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PARA SUPERAÇÃO DO PRECONCEITO
NO LEGISLATIVO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Lilian Balmant Emerique e Professor Mestre Matheus Henrique Junqueira de Moraes.

RIO DE JANEIRO

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP Catalogação na Publicação

S111d Santos, Bernardo Assis
UMA ANÁLISE DA ADO n° 26 E MI n° 4733 À LUZ DO
NEOCONSTITUCIONALISMO: A NECESSIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DA
POLÍTICA PARA SUPERAÇÃO DO PRECONCEITO NO LEGISLATIVO/
Bernardo Assis dos Santos. -- Rio de
Janeiro, 2023.
76 f.

Orientadores: Lilian Márcia Balmant Emerique
Orientadora) e Matheus Henrique Junqueira de Moraes -
PPGD/UFRJ (Co-orientador)

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. STF 2. MI n. 4.733 3. ADO n. 26, 4. Criminalização
da homotransfobia, 5. Mandamento de criminalização, 6.
Direitos fundamentais. I. Emerique, Lilian, orient.
Junqueira, Matheus, co-orient. II. Título

BERNARDO ASSIS DOS SANTOS

**UMA ANÁLISE DA ADO nº 26 E MI nº 4733 À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO:
A NECESSIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PARA SUPERAÇÃO DO PRECONCEITO
NO LEGISLATIVO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito,

_____ em 21 de novembro de 2023.

Banca Examinadora:

Dra. Lilian Márcia Balmant Emerique - UFRJ (Orientadora)

Me. Matheus Henrique Junqueira de Moraes – PPGD/UFRJ (Co-orientador)

Danilo Sardinha Marcolino – PPGD/UFRJ

RIO DE JANEIRO

2023

*A todos que vieram antes de mim, a todos que romperam as correntes e mordaças, a todos os que morreram lutando pelo nosso direito de viver.
A todos na luta por um mundo extirpado de preconceitos, no qual o amor triunfa sobre o ódio.
À minha mãe, Ana Cristina, e avó, Maria da Penha, por todo amor que flui deste mundo e daquele que vem após.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, Ana Cristina, que me ensinou a força pujante da obstinação; por todo o amor materno que cuida e nutre, por toda a alegria e felicidade, pela vida e por todo o demais que não poderei jamais expressar em sua completude.

Agradeço à minha avó, Maria da Penha de Assis, por ter me ensinado sobre a vida e sobre o mundo, por todo o amor que verbera até neste momento e vai além.

Ao meu irmão, Leandro Assis, meu eterno companheiro, pela paciência e pelo carinho que sempre me acalenta.

À Victoria Alves, pelo riso de nossa amizade que iluminou os momentos mais escuros.

À Isabella Frolick e Raphaela Mathias, não canso de dizer, sem vocês nada disso seria possível. Meus eternos agradecimentos pela compreensão, pela ajuda, pela mão sempre estendida, vocês foram a diferença na minha graduação.

Ao João Victor Terra pelo amor incondicional, pelo apoio e pelo carinho. À Ana Beatriz Villela, pelos braços sempre abertos, pela presença.

A todas as amigas que fiz na Nacional de Direito, antigas e novas, vocês serão para sempre parte do que tenho me tornado.

À Nacional de Direito, centro de excelência, em que pude aprender, para além do Direito, os valores inestimáveis da cidadania, dignidade e democracia.

*“And thus began the beginning of the new race; a race within the race of humanity; a race which bears no prejudice, no judgment but **boundless freedom**”.*

Monólogo de Abertura de *Born this Way*, Lady Gaga, 2011

RESUMO

O presente trabalho realiza uma investigação sobre a criminalização da homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2019, no bojo do o julgamento conjunto do Mandado de Injunção n. 4.733 e da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, baseando-se nos debates sobre o ativismo judicial e judicialização da política no âmbito do neoconstitucionalismo no Brasil. Adicionalmente, faz-se um estudo sobre os mandamentos de criminalização, presentes no texto da Constituição da República, que determinam o dever do Estado brasileiro em punir condutas lesivas aos direitos e liberdades fundamentais. Nesse sentido, preparou-se uma análise dos processos legislativos e os efeitos dos preconceitos enraizados no Estado brasileiro que tornaram o Poder Legislativo inapto a legislar propriamente sobre a necessária resposta do Estado às violências sofridas pela comunidade LGBTQ+. Desse modo, faz-se uma análise dos motivos sociais que levaram a comunidade LGBTQ+ a exigir do Estado-juiz uma resposta adequada às circunstâncias atuais.

Palavras chave: STF; MI n. 4.733; ADO n. 26; Criminalização da homotransfobia; Mandamento de criminalização; Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the criminalization of homotransphobia by the Supremo Tribunal Federal (the Brazilian Supreme Court) in 2019, in the context of the joint trial of Mandado de Injunção no. 4,733 and the Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, considering the debates on judicial activism and judicialization of politics within the scope of neoconstitutionalism in Brazil. Additionally, this study focuses on the criminalization commandments, present in the text of the Constitution of the Republic, which determine the duty of the Brazilian State to punish any conduct harmful to fundamental rights and freedoms. In this sense, an analysis of the legislative processes and the effects of prejudices rooted in the Brazilian State that made the Legislative Branch incapable of properly legislating on the State's necessary response to the violence suffered by the LGBT+ community. In this way, an analysis is made of the social reasons that led the LGBT+ community to demand an appropriate response from the Supremo Tribunal Federal to the current circumstances.

Key-words: STF; MI no 4.733; ADO no 26; Criminalization of homotransphobia; Criminalization commandments; Fundamental rights

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O CONCEITO DE GÊNERO E SEXUALIDADE	16
2. A EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA: A VIOLÊNCIA À COMUNIDADE LGBTQ+ NO BRASIL E A INAPTIDÃO DO LEGISLATIVO BRASILEIRO	19
3.1 BREVE ABORDAGEM DA VIOLÊNCIA HISTÓRICA DA VIOLÊNCIA À COMUNIDADE LGBTQ+ ...	19
3.2. PRECONCEITOS E VIOLÊNCIAS BASEADAS NAS DIVERSIDADES DE GÊNERO E SEXUALIDADE	20
3.3. A COMUNIDADE LGBTQ+ NO CONTEXTO DE VIOLENTO DO BRASIL	22
3.4. O PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO COMO REPRESENTANTE DE PRECONCEITOS	23
4. ATIVISMO JUDICIAL: ASPECTOS TEÓRICOS E RELAÇÕES COM A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS	32
4.1. O NEOCONSTITUCIONALISMO, ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	32
4.2. O CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA: O DIREITO DE SER FELIZ SENDO O QUE SE É E OS MANDAMENTOS DE CRIMINALIZAÇÃO PARA REPRESSÃO DAS DISCRIMINAÇÕES.....	41
4.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO MANDAMENTOS.....	43
4.4. O PODER JUDICIÁRIO COMO EFETIVADOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA COMUNIDADE LGBTQ+ POR MEIO DE AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	48
5. ANÁLISE DAS AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	52
5.1. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E O MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733: CONTEXTUALIZAÇÃO.....	52
5.2. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26: O VOTO CONDUTOR	55
5.3. O MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733: O VOTO CONDUTOR.....	60
5.4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E O MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733: VOTOS DOS DEMAIS MINISTROS.....	63
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

À primeira vista de um estudante de Direito do primeiro período, a criminalização da homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal representou uma terrível obscenidade. Seria o a transmutação dos espaços decisórios adequados; representaria uma sublevação da Constituição, da Democracia e da República, um rompimento institucional sem quaisquer precedentes na Nova República brasileira.

A mim pareceu, de fato, um dobramento da República e da moderna Ciência do Direito, afinal esteve-se diante de suposta criação de um tipo penal por decisão judicial, um monstro aos olhos do princípio da legalidade, do processo legislativo e de toda a construção da divisão dos Poderes do Estado feita nos últimos 300 anos.

Passados cinco anos, encontro-me do outro lado desta mesa. A compreensão do papel da Constituição do Brasil, seus mandamentos e a práxis legislativa atual impõem uma conclusão inescapável: se não fosse por meio do STF, talvez não fossem existir quaisquer direitos à comunidade LGBTQ+¹.

A atuação do Poder Judiciário, especialmente do STF, é a responsável por um sem número de garantias à comunidade LGBTQ+. A dimensão da atuação da Suprema Corte brasileira em prol da satisfação de direitos fundamentais e necessários à vida digna, plena e feliz de todas as pessoas e, em especial, aquelas representantes da diversidade sexual é monumental.

De 2011, quando foi garantido o direito à constituição da união estável a casais homoafetivos, a 2020, quando determinada a inconstitucionalidade das restrições para a doação de sangue por homossexuais, o Supremo Tribunal Federal julgou, ao menos, onze ações emblemáticas que suplementaram omissões legislativas; declararam inconstitucionais leis ou atos normativos²; garantiram, em controle abstrato de constitucionalidade, o uso do nome social

¹ Neste trabalho serão utilizados os termos comunidade LGBTQ+ para significar e abarcar, sem de qualquer modo pretender restringir ou ignorar todos os demais espectros da diversidade sexual humana; do mesmo modo, a violência direcionada à tal comunidade será referida como homotransfobia, significando toda a violência e exclusão, todo o expurgo e desprezo.

² Faz-se referência às ADPF n° 132 e ADI n° 4.277 que permitiram a constituição de união estável homoafetiva; ADPF n° 291 que julgou incompatível com a ordem constitucional atual as tipificações dos crimes de pederastia ou outro ato de libidinagem no âmbito militar; o RE n° 646.721 que permitiu a equiparação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros em união estável homoafetiva; ADI n° 4.275 que tratou da alteração do nome e

e introduziram a divulgação de material escolar sobre gênero e orientação sexual nas escolas brasileiras.

Por certo, todos os temas acima indicados deveriam ter sido discutidos no Poder Legislativo; postos em efetividade por meio de lei, discutida nas Casas do Congresso Nacional e publicadas pelo Presidente da República, como manda o *script* de qualquer República diversa e plural.

Entretanto, a realidade política brasileira força a migração da instância deliberativa das salas do Congresso para o Plenário do Supremo Tribunal Federal em assuntos delicados - e a garantia de direitos à comunidade LGBT+ é tema sensibilíssimo. Cercado de tabus, preconceitos e ódios, o Congresso Nacional encontra-se absolutamente inapto a discussões sérias sobre esse tema. O Poder Legislativo, mais do que nunca, põem-se na atividade de conciliar interesses próprios, dos parlamentares e de grupos poderosos, na supressão de desejos dos grupos menos poderosos da sociedade.

Com efeito, a atual democracia brasileira, enfrenta dos mais diversos desafios: ao mesmo tempo em que se avança a extrema direita; o concílio de interesses no Congresso Nacional; a disseminação de informações falsas; a má compreensão, pela sociedade civil, de certos aspectos impõe circunstâncias nunca antes vistas.

A sociedade brasileira, por sua vez, imersa em preconceitos fomentados pela religião; pelo desconhecimento ou pela ignorância, em maior ou menor grau, incitados das mais diferentes maneiras e, especialmente, como combustível para alçada ao poder por certos grupos, torna a discussão da pauta LGBT+ quase que inviável. Em situação ainda mais agravante, a extrema direita e as alas mais conservadoras da sociedade compreenderam o poder inigualável das redes sociais e a sua capacidade de espalhar informações falsas.

Adicionalmente, certos políticos tem alçado engajamento nas redes sociais impulsionando-se na focalização das minorias sexuais. Mirando a comunidade LGBT+, a

sexo de pessoas transexuais no registro civil; RE nº 670. 422 que tratou da alteração do nome e sexo no registro civil de pessoas transexuais mesmo sem intervenção cirúrgica; o MI nº 4.733 e ADO nº 26 que juntas criminalizaram a homotransfobia; ADPF nº 457 que instituiu a divulgação de material escolar sobre gênero e orientação sexual; ADI nº 5.543 que versou sobre a doação de sangue por homossexuais e a ADPF nº 461 que determinou o ensino sobre gênero e orientação sexual nas escolas.

extrema direita tem conseguido apoio em seus discursos e vencido pleitos nos Poderes Legislativos e Executivos de todos os entes da federação. As questões de “ideologia de gênero” têm tornado ainda mais fortes discursos; o medo e a ignorância fazem com que pessoas se curvem aos posicionamentos mais absurdos e truculentos.

A onda de extrema direita que avançou pelo país, capitaneada pelo ex-Presidente da República Jair Bolsonaro que em muito incitou o ódio a todas as minorias, mas em especial à população LGBTQ+, tornou ainda mais difícil uma resposta propriamente legislativa das problemáticas.

O fundamentalismo religioso, retroalimentado no conservadorismo de extrema direita - cuja cruzada se dá contra tudo e contra todos: religiões de matriz africana, homossexuais, travestis, transexuais, comunismo e todo o mais - tem avançado cada vez mais no Congresso Nacional e sequestrado o Estado em todos os três Poderes do Executivo, Legislativo e Judiciário. A realidade atual é de uma luta cada vez mais latente em que a extrema-direita se aparamenta no Estado para frear os avanços garantidos nos últimos anos.

Nessa luta constante, muitos são vitimizados. Centenas de pessoas LGBTQ+ são assassinadas todos os anos e muitas mais perdem seus empregos, são ofendidas nas ruas e escorraçadas por serem o que são e amarem o que sua natureza lhes determina a amar. Milhares de homossexuais, transexuais e todos as demais expressões da diversidade sexual humana foram e são vitimizadas neste país todos os dias sem uma atuação efetiva do Poder Legislativo no caminho de uma solução.

De fato, talvez mais do que nunca o Poder Legislativo federal mostre-se absolutamente avesso à aprovação de qualquer legislação favorável à comunidade LGBTQ+, nos mais diversos temas e, especialmente, para a criminalização da prática da homotransfobia. Fato é que as circunstâncias da práxis impõem-se de maneira latente à absoluta inviabilização dos direitos da comunidade LGBTQ+.

Não existe qualquer projeto de lei que esteja sendo de fato discutido para tornar crime as violências contra a população LGBTQ+. Muito pelo contrário, a extrema-direita unida ao

fundamentalismo religioso tem procurado reter todos os avanços e, além disso, retroagir ainda mais.

Inegavelmente, o atual estado das coisas fere não somente a Constituição de 1988, mas também infringe toda a construção do que é o Estado Democrático de Direito e inviabiliza a dignidade da pessoa humana. A inaptidão do Poder Legislativo para frear as constantes violações e violências devem ser observadas pelo prisma do Estado Democrático de Direito, não basta que nos demos por satisfeito somente com a “vontade política do Parlamento” - ou a falta dela. Deve-se exigir mais, o Direito deve dar mais à sociedade que a mera “satisfação das coisas como estão”.

Nesse sentido, a Constituição da República elege a dignidade da pessoa humana como um dos princípios norteadores da nação. O Estado brasileiro deve garantir a todos aqueles que estejam sob sua jurisdição uma vida, sobretudo, digna. Antes mesmo de qualquer outra consideração, o ser humano merece e deve ser feliz (no sentido que o Estado precisa ao menos propiciar os meios para essa felicidade). Essa visão não é recente. A garantia de uma vida sem perigos e feliz, e nisso concordam todos os contratualistas, de Aristóteles a Rosseau, é a função primeira de qualquer Estado.

De fato, um dos elementos consubstanciadores da dignidade humana é a felicidade. Sem felicidade (ausência de sofrimento) é impossível viver-se uma vida digna. A felicidade é não somente consequência de uma vida digna, mas também um elemento essencial, porque da felicidade advém a possibilidade de que sejam usufruídos os demais louros da vida.

Poderia se dizer, sem muito esforço, que o Estado existe para garantir a felicidade. E mais, o Estado Democrático de Direito existe para garantir a felicidade de todos os indivíduos, *minoritários ou não*, especialmente em face da vontade dos demais.

É certo que garantia à dignidade humana perpassará, em certos momentos, por alguma prestação estatal. Essas ações dar-se-ão das mais diversas maneiras, seja na instituição de programas e políticas públicas, ou na proteção legal de certos grupos vulneráveis. Inclusive, em certos casos, serão necessárias ações impositivas a certos grupos a fim de que outros,

minoritários, possam gozar de seus direitos constitucionalmente estabelecidos (criminalização de certas condutas opressoras).

Por esses motivos, o Poder Constituinte inseriu no rol de direitos e garantias fundamentais reconhecidos mandamentos de legislação, de maneira a compelir o Legislador a tomar ações, tudo a fim de garantir proteções a vulneráveis e uma vida digna para a satisfação plena da dignidade humana. Exemplos dessas proteções podem ser vistos nos mandamentos de proteção ao consumidor, a assistência dos desamparados, a proteção à vida privada, honra e privacidade, bem como quando a Constituição Federal dita à lei para que puna *qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*³.

De fato, a Constituição da República procura traçar caminhos para a solução das problemáticas que afetam os brasileiros, dentre elas, é claro, a realidade discriminatória do país. Por isso, determina proteções a negros, mulheres, indígenas e aos hipossuficientes e, mesmo que não expressamente, procura proteger também a comunidade LGBT+ quando escolhe proteger a *diversidade humana* em todos os seus aspectos.

Assim, quando o Poder Legislativo, diante de toda a violência, abusos e violações, não toma medidas quaisquer para puni-los ou ao menos mitiga-los e permanece inerte às determinações da Constituição, em especial no que diz respeito à defesa, proteção e promoção dos direitos das pessoas LGBT+, age em grave omissão inconstitucional, impedindo que a Constituição possa realizar plenamente seus objetivos.

Deste modo, conforme garantido na CRFB, os grupos vulnerabilizados, deverão procurar a garantia dos direitos mais básicos noutra via. Assim, com a mora do legislador, a via judicial tornou-se a opção na busca da superação da omissão inconstitucional.

Por esse motivo, a presente pesquisa realizará um estudo de caso da ADO nº 26 e do MI nº 4733, cujo julgamento conjunto, declarou a omissão inconstitucional do Congresso Nacional e equiparou as práticas homotransfóbicas ao crime de racismo.

³ Inciso XLI do art. 5º da Constituição da República.

Primeiramente, analisando o papel dos mandamentos de criminalização presentes no texto constitucional que determinam ao Legislador a elaboração de leis protetivas às diversidades e o postulado da dignidade humana como princípio norteador da República Federativa do Brasil; em segundo momento, será analisado os recentes fenômenos do ativismo judicial e judicialização da política, cujos fundamentos encontram-se no neoconstitucionalismo e nos direitos fundamentais e, por fim, será realizada a análise dos votos condutores de ambas as ações, de modo a entender os motivos decisores dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus alinhamentos e discordâncias com os pressupostos antes referidos.

1. O CONCEITO DE GÊNERO E SEXUALIDADE

É importante esmiuçar, para fins do presente trabalho, os conceitos de orientação sexual, identidade de gênero e sexualidade e, em especial, suas relevâncias e essencialidades dentro da experiência de vida humana, a fim de demonstrar, por fim, que a proteção à diversidade sexual humana é garantida também pela dignidade humana. O direito de amar a quem se quer amar é pressuposto básico de uma vida feliz e livre.

Os s Princípios de Yogyakarta⁴, estabelecem e diferenciam esses conceitos deste modo:

- 1) **Compreendemos orientação sexual** como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.
- 2) **Compreendemos identidade de gênero** a profunda e sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos. (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006)

Em linhas gerais e simplificadamente, sexualidade (ou orientação sexual) está relacionada aos desejos relacionais de um indivíduo seja afetiva, emocional ou sexualmente, é a maneira com que uma pessoa deseja a outra. Assim sendo, se um ser humano se sente atraído pelo mesmo sexo é homossexual; se por ambos, bissexual e, se pelo oposto, heterossexual.

A identidade de gênero, por sua vez, liga-se à ideia de gênero, aspecto biológico e social, que conformaria o modo com que é culturalmente identificada, na sociedade, a expressão da masculinidade e da feminilidade, adotando-se como parâmetro, para tanto, o modo de ser do homem e da mulher em suas relações sociais.

Assim, a identidade de gênero deixa de estar relacionada ao meramente psíquico e afetivo, passando ao caráter biológico e aos “papeis sociais de gênero” (ou as expectativas do papel masculino e feminino na sociedade). Trata-se, portanto, da conformidade ou inconformidade

⁴ Importante e fundamental documento fruto de conferência realizada pela Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, na Indonésia, em novembro de 2006, que objetiva uma conceituação sobre os direitos humanos ligados às questões de gênero e sexualidade.

do indivíduo (desejos e interpretações de si mesmo) com a maneira com que a sociedade o interpreta. Dessa maneira, existem pessoas cisgêneros e transgênero.

A sexualidade humana abarca todos os conceitos acima tratados, uma vez que se relaciona às vocações afetivas e impulsos amorosos dos seres humanos, de maneira que, nesse aspecto, revela a orientação sexual de um indivíduo. Além disso, a sexualidade humana também terá relação com o gênero já que será a maneira com que a pessoa se identificará na sociedade e, portanto, com quais gêneros terá relações.

Por isso, devido à relação intrínseca com a vida, tanto privada quanto pública de todas as pessoas, a sexualidade humana adquire uma dimensão fundamental no que é a experiência existencial dos seres humanos. A sexualidade é parte indeletável das pessoas, perfazendo todas as construções sociais; as adequações às expectativas do que a comunidade humana espera do comportamento masculino ou feminino; as atividades que desempenharam no todo humano.

Nessa linha, os Princípios de Yogyakarta, ao reconhecerem a interrelacionidade e indivisibilidade de todos os contornos da identidade humana, preceituam que na sociedade:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. **A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.** (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006) (grifos meus)

Em consonância, a Organização Mundial da Saúde – OMS, organismo internacional vinculado à Organização das Nações Unidas – ONU, ao tratar da dimensão universal e fundamental do gênero e sexualidade, aduz:

A sexualidade é um aspecto central do ser humano ao longo da sua vida e engloba sexo, identidade e papel de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução . A sexualidade é vivida e expressada em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relacionamentos. A sexualidade pode envolver todas estas dimensões, mas nem sempre todas são vivenciadas ou expressas. A sexualidade é influenciada por uma interação de fatores de ordem biológica, psicológica, social, econômica, política, cultural, ética, legal, histórica, religiosa e espiritual. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2015, p. 5) (grifos meus)

De fato, o ser humano desenvolve-se em seu meio social por meio dos papéis de gênero que estão, por sua vez, atrelados aos conceitos de “função social” do indivíduo em sociedade.

Em maior ou menor medida, as organizações sociais imputaram aos indivíduos de sexo masculino e feminino “papéis” a serem cumpridos dentro do meio social e, dessa maneira, as questões ligadas à sexualidade e gênero serão grande parte da vida dos seres humanos, porque muitas das expectativas, exigências e necessidades, estão atreladas aos conceitos sociais e biológicos de gênero (identidade e ideia de gênero).

A sexualidade humana estará sempre vinculada, antes de tudo, à personalidade do indivíduo, sendo sempre parte indissociável da vida em sociedade exatamente porque é determinante de vários outros aspectos da vida. Adicionalmente, o respeito à diversidade sexual é pressuposto para a dignidade da vida humana, uma vez que a vida plena e feliz somente poderá ser plenamente usufruída no momento em que todos os aspectos da personalidade do indivíduo seja respeitado.

Também, por outro lado, a sexualidade, como determinante das condutas esperadas pela sociedade, servirá de motivo, na sociedade contemporânea e ocidental, para o desenvolvimento de diversos preconceitos e violências que violaram a dignidade humana e a vida das pessoas.

2. A EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA: A VIOLÊNCIA À COMUNIDADE LGBTQ+ NO BRASIL E A INAPTIDÃO DO LEGISLATIVO BRASILEIRO

3.1 BREVE ABORDAGEM DA VIOLÊNCIA HISTÓRICA DA VIOLÊNCIA À COMUNIDADE LGBTQ+

O primeiro crime de ódio, em terras brasileiras, motivado exclusivamente por questões de sexualidade, foi o brutal assassinato de Tibira⁵, indígena que, acorrentado à boca de um canhão, foi executado por ordem de missionários franceses onde hoje é o estado do Maranhão, no ano de 1613 ou 1614 – não sabe-se ao certo: a história sequer foi registrada. O “crime” cometido pela vítima foi o de “sodomia”, tipificado no Brasil colônia em 1534 por decreto real.

De modo geral, a violência no Brasil foi institucionalizada logo cedo. A perseguição às práticas “pagãs” ou contrárias aos dogmas da Igreja Católica (inclusive as liberdades sexuais presentes em algumas nações indígenas) começou ainda nos primeiros anos de colonização. Primeiro, principalmente, com os jesuítas e a catequização forçada de indígenas e, após, com o Estado português e sua máquina punitiva.

Nesse sentido Paulo Iotti:

“Em síntese, pode-se dizer que a sexualidade dos nativos brasileiros seguia o que ocorria na Antiguidade Clássica europeia, com algumas variantes de tribos para tribos, conforme seus costumes e suas lendas. Foi, também aqui, somente com a chegada da moral judaico-cristã que se começou a perseguição à prática homossexual no Brasil, que passou a trazer punições desumanas e praticamente sádicas aos homossexuais. (IOTTI, 2012, p. 61)

Em 1830, com a elaboração do primeiro Código Criminal do Brasil, o crime de sodomia deixou de ser tipificado como conduta criminoso o que não impediu, por certo, a contínua perseguição de gays, travestis e transexuais. Perseguição que ganhou nova roupagem após o advento da psicanálise e a superação, em parte, do entendimento das “divergências” sexuais não como pecados capitais, mas como doenças mentais. Em razão disso, milhares foram postos em instituições para tratamento psiquiátrico das quais muitos jamais saíram.

Somente em 1990 a OMS retirou a homossexualidade do rol da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID). Passados 28 anos, em

⁵ Não existe certeza quanto à origem do termo, mas segundo Paulo Iotti, o termo seria palavra em tupinambá alusiva ao que hoje chama-se de homossexualidade.

2018, foi publicada nova versão desse documento, no qual, finalmente, a transexualidade deixou de ser considerada uma doença. (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2023).

De fato, as circunstâncias gerais do século XXI são melhores que aquelas dos séculos anteriores. A sociedade, a passos pequenos e lentos, tem gradualmente apresentado um certo avanço em questões relacionadas aos diversos gêneros e diversidades sexuais. As tentativas, cada vez mais numerosas, de inclusão de homossexuais, travestis e transexuais no mercado de trabalho, as campanhas de conscientização, a expressividade e alcance de artistas LGBTQ+ demonstram que a sociedade brasileira tem evoluído e mudado sua perspectiva de modo a garantir uma vida um menos turbulenta à comunidade.

Tais avanços, como dito, são lentos e bastante graduais. Definitivamente não são suficientes face as necessidades e urgências da comunidade. A realidade continua árdua: o preconceito e a incitação à violência continuam a perpétua vitimização de corpos LGBTQ+ todos os dias. Para simples demonstração, coloca-se em números: no ano de 2022, ao menos duzentas e setenta e três pessoas foram assassinadas no Brasil por questões relacionadas a homofobia, segundo dados do Observatório de Mortes e Violências contra LGBTQI+ (OBSERVATÓRIO, 2023). Em 2021, duzentas e vinte e quatro pessoas tiveram mortes violentas por causas relacionadas à orientação sexual (IDFAM, 2021).

Os principais combustíveis para essa realidade são o discurso de ódio e a propagação de desinformação - as chamadas *fake news*, bem como o preconceito enraizado no país. A aversão aquilo que não se encaixa no padrão heteronormativo tem sido a causa para a violência contra grupos minoritários desde os tempos da colonização. Atualmente os avanços parecem liquefazer-se perante o avanço da extrema-direita e do fundamentalismo religioso.

3.2. PRECONCEITOS E VIOLÊNCIAS BASEADAS NAS DIVERSIDADES DE GÊNERO E SEXUALIDADE

Por ser a definidora de importantes contornos da vida social, a sexualidade humana é também o lastro para muitos preconceitos e violências. À medida em a sociedade espera um determinado comportamento de um indivíduo, ela o condiciona a um padrão de comportamento que, se não atendido, será vetor para rechaçamentos e violências.

No Ocidente, o crivo da sexualidade socialmente aceita perpassará, obrigatoriamente, pelas religiões judaico-cristãs. A expectativa de que seres humanos de sexo masculino relacionar-se-ão somente com seres humanos do sexo feminino e vice-versa (heterossexualidade) tem por base os dogmas cristãos e a interpretação dos textos religiosos do judaísmo, cristianismo e islã.

Mesmo assim, é certo que as violências sofridas pelos segmentos LGBT+ da sociedade não estão somente atrelados pura e unicamente à religião (apesar de ser o mais usual). Existe também a força dos “preconceitos científicos” construídos baseados na premissa de que as diversidades sexuais e de gênero constituem patologias psíquicas capazes de cura. Tal conceituação servirá de meio subsidiário para que a sociedade justifique seu preconceito.

Nesse sentido, o conservadorismo no Brasil não se funda somente no fundamentalismo religioso, de maneira que extrema-direita encontrará apoio tanto de médicos quanto de pastores em seus discursos contra a comunidade LGBT+ que os direcionam especialmente no Legislativo a fim de impedir o avanço de pautas importantes à continuidade sadia da existência de pessoas em espectros sexuais diversos do cisheteronormativo.

Ao fim, independentemente dos avanços das percepções científicas em torno do tema, a discussão acerca da aceitação e respeito à diversidade sexual redundar-se-á, para muitos, no “porque assim, Deus não quis”.

Independentemente da fonte, a sociedade brasileira consubstancia sua homotransfobia das mais diversas maneiras, desde a violência física até a psíquica. Além disso, tais preconceitos são refletidos na atividade legislativa para que nenhum avanço seja adquirido na forma de lei.

De fato, o problema da homotransfobia no Brasil perpassa pelas tentativas de imposição de tratamentos terapêuticos (cura gay), castração química, impedimento de cirurgias de redesignação sexual, violação ao uso do nome social e outras perversidades.

É certo que a homotransfobia está presente em muitas das culturas ocidentais, se não em todas. Como dito, a raiz desses preconceitos está na religião cristã, mas que também foi irrigada por proposições científicas. Iotti (2012) até mesmo aduz que a homotransfobia, no limiar, está

relacionada ao machismo ao passo que a homossexualidade seria como se o homem assumisse para si o papel de mulher (sujeito passivo) na sociedade, renunciando seu papel como ser ativo na comunidade.

Tal proposição poderia também ser a razão para as demais aversões a lésbicas, bis, transexuais e travestis. A sociedade brasileira continua a perpetuar os mesmos preconceitos inseridos neste continente pelos colonizadores europeus e o estado das coisas aqui não permitiu que seja atingido, ainda, os concílios e respeito de certos países europeus a respeito da homotransexualidade.

3.3. A COMUNIDADE LGBTQ+ NO CONTEXTO DE VIOLENTO DO BRASIL

No Brasil, a violência a gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transgêneros e intersexuais é conhecida e até mesmo estimulada. Conforme dados de relatório da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA, 2023), somente em 2022, foram assassinadas cento e trinta e uma pessoas transexuais no Brasil e outras vinte retiraram suas vidas. As violências são perpetradas tanto nos púlpitos das igrejas, em que a homossexualidade é posta como o mais perverso dos pecados, quanto nas ruas das cidades brasileiras.

Exemplos disso são várias: em pleno 2023, um pastor evangélico, em uma igreja cheia de fiéis, durante o culto, incitou-lhes a cometer crimes de homicídio contra homossexuais porque essa seria a vontade de Deus (CESAR, 2023). E mais: durante a campanha presidencial de 2018, e também durante o seu mandato, o ex-Presidente da República por diversas vezes legitimou as violências contra minorias sexuais (EL PAIS, 2018). Mais recentemente, o suicídio da influenciadora digital Karol Eller, apoiadora do ex-Presidente Bolsonaro, juntou-se às diversas vítimas da “cura gay” que tem sido fortemente apoiada por centros religiosos (BOEHM, 2023).

O acima demonstrado expõe uma realidade: o Brasil é um país terminantemente preconceituoso e, deriva disso que esse preconceito reflete-se nos posicionamentos políticos da maioria do Congresso Nacional e também é por ele, o Congresso, alimentado. Pautas ligadas à homossexualidade são verdadeiros tabus dos quais os parlamentares recusam-se a adentrar com medo de perder votos ou para não ferir interesses de outras oligarquias políticas.

As circunstâncias no Brasil são tão contundentes que existe uma profunda e real disseminação de repúdio e desprezo à comunidade LGBTQ+ capazes de atravessar o reconhecimento de tais pessoas como humanas. Persiste de maneira patológica na sociedade brasileira uma real e concreta tentativa de inviabilização de avanços, direcionada à imposição de uma visão singular do espectro da sexualidade humana: a heterossexualidade cisnormativa.

A esse respeito, bem alerta o Paulo Iotti, ao tratar da ideia de “ideologia de gênero”, muito difundida por grupos político-religiosos nos últimos anos:

Veja-se a que ponto chega a ideologia de gênero heteronormativa e cisnormativa, ao impor a heterossexualidade e a cislgeneridade compulsórias: quer tornar obrigatórios verdadeiros estereótipos de gênero, decorrentes das normas de gênero socialmente hegemônicas, que impõem um tipo específico de masculinidade, absolutamente incompatível com as condutas afetivas entre homens, como se isso fosse um traço específico apenas da feminilidade, que exige das mulheres condutas bem sintetizadas na expressão bela, recatada e do lar. Versões tóxicas da masculinidade e da feminilidade que acabam gerando agressões a quem ‘ousa’ delas se distanciar, no exercício de seu direito fundamental e humano ao livre desenvolvimento da personalidade. Ou seja, sob o espantinho moral criado por fundamentalistas religiosos e reacionários morais em geral, relativamente à chamada ideologia de gênero (sic), para com isso designarem a defesa de algo distinto da heteronormatividade e da cislnormatividade, ou seja, da normalidade social e naturalidade das identidades não-heterossexuais e não-cislgeneras, bem como o dever de igual respeito e consideração às minorias sexuais e de gênero (as pessoas não-heterossexuais e não-cislgeneras, que se configuram como as ‘maiorias sexuais’, no sentido do grupo socialmente e culturalmente hegemônico na sociedade), cabe destacar que, se algo aqui é ‘ideológico’, no sentido pejorativo (...) de algo contrário à realidade objetiva, é a tese que defende que as pessoas ‘nascem’ heterossexuais e cislgeneras e que, por opção sexual (sic), posteriormente, passam a ‘escolher alguma identidade sexual não-heterossexual ou identidade de gênero transgênera. (IOTTI, 2019, p. 441).

Adicionalmente, a criação desse ideário de ideologia de gênero serve para instigar na população medos, muitos ligados a concepções populares baseadas nos preconceitos científicos ou religiosos, tratados acima, de que é possível que pessoas sejam doutrinas a serem gays, de maneira que deve ser impedido a usufruição de quaisquer liberdades por tais grupos para que os demais “normais” não sejam atingidos. É a conhecida história de proteger as crianças dos homossexuais, evitando que sejam nelas incutidos pensamentos “divergentes”.

3.4. O PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO COMO REPRESENTANTE DE PRECONCEITOS

O Poder Legislativo brasileiro forma-se, desde a primeira Assembleia Nacional do Império, por uma elite política e financeira que descende das primeiras famílias de capitães hereditários cujos latifúndios rasgaram o país. O Senado do Império, ainda pior que em nosso

atual Senado Federal, tinha seus assentos preenchidos pelos afins do Imperador em cargos que lhe seriam vitalícios.

Somado a isso, os representantes do povo somente seriam eleitos pelos votos de homens possuidores de propriedades, de maneira que mulheres, negros e indígenas não fizeram parte do Legislativo brasileiro, nem votando nem sendo votados, ao menos até a fundação da primeira República.

E, mesmo fundada a República, os cargos no Legislativo eram preenchidos somente por homens brancos e ricos, eleitos por seus semelhantes. Apesar de, à época da Constituição de 1934, o voto ser garantido a mulheres, foi mantida a determinação para o voto somente pelos alfabetizados, o que se repetiu na segunda Constituição democrática, de 1946. Assim, o Poder Legislativo manteve-se preponderantemente representativo de um único interesse até a redemocratização do país em 1988, com as primeiras eleições democráticas de 1990.

A Constituição da República de 1988, ao reinaugurar o pluripartidarismo no Brasil procurou tornar representativa as vozes de milhões de excluídos que, canalizadas nos mais diversos partidos políticos, poderiam ser ouvidas nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Mesmo assim, não se ouvia falar de parlamentares abertamente homossexuais e, muito menos, transgêneros ou convictamente determinados com a causa LGBT+.

Passados 35 anos da promulgação da Carta Cidadã, o que resulta da práxis brasileira é a perpetuação de um único grupo majoritário em ambas as Casas do Congresso Nacional. Atualmente, o Poder Legislativo é dominado por um conhecido bloco de partidos cujos únicos objetivos são representar os interesses de si mesmos ou do *highest bidder* – em alusão ao Centrão.

A política no Brasil é feita em um grande concílio de interesses, entre os poucos partidos políticos dominantes, em que as causas mais sociais, sejam econômicas ou propriamente ligadas à outras minorias, são postas de lado na persecução de uma pretensa e vacilante governabilidade. Esse notório presidencialismo de coalização no Brasil é um dos responsáveis pela inaptidão do Poder Legislativo em atender as necessidades das vozes minoritárias.

Os Governos Lula e Dilma, governos mais populares e representativos de um ponto fora da curva da democracia brasileira, se mostraram inaptos a conseguir negociar no Congresso mudanças na legislação capazes de modificar a realidade da comunidade formadas pelas minorias da diversidade sexual. Inclusive, deve-se dizer também que, apesar da visão progressista em muitos aspectos, os governos do Partido dos Trabalhadores, à exceção do atual, não se mostram enfaticamente dispostos à inclusão de políticas capazes de atender as necessidades desse segmento da população na agenda política.

Passados os anos, desde de 2018, a maneira de fazer política no Brasil, há muito provada falha, apresenta ainda mais uma rachadura: os já mencionados fundamentalismos religiosos e o avanço a galope da extrema direita, que se retroalimentado, mostram-se cada vez mais fortes dentro dos Poderes da República. De fato, a extrema direita brasileira e o fundamentalismo religioso movimentam-se no mesmo sentido, pretendendo derrubar direitos fundamentais e avanços, objetivando tornar o Brasil uma verdadeira teocracia.

Adicionalmente, em um Congresso Nacional no qual para a maioria é formada por parlamentares que vivem sobre o império do “quem dá mais por nossos votos”, somados àqueles de extrema-direita com acesso a uma massa eleitoral expressiva (os evangélicos) e apoio do capital, tem sido bastante difícil que certos temas sejam discutidos de fato pelo Poder Legislativo.

Inegavelmente, no Poder Legislativo existe um concílio de interesses de maneira que a máquina legislativa somente movimenta-se para satisfazer os interesses do capital (financeiro ou industrial) e da religião.

Tanto assim que, desde de 1997⁶, dezenas de projetos de lei⁷ tramitaram em uma das Casas do Congresso Nacional e trataram, ou da criminalização direta da homotransfobia ou das

⁶ Trata-se do PL 52/1997, de autoria do Senador Abdias Nascimento que, em seu artigo 2º assim ditava: “*Considera-se discriminação, para efeito desta Lei, o estabelecimento de tratamento prejudicial a pessoas ou grupo de pessoas em razão de sexo, orientação sexual, religião, idade, deficiência, procedência nacional ou outra característica similar.*”

⁷ O Senado Federal, em sua manifestação nos autos da ADO nº 26, fez referência a dezessete projetos de lei que, à época, tramitavam ou teriam tramitado no Congresso Nacional. Em breve pesquisa elaborada para fins do presente trabalho, foram encontrados mais quatro projetos de lei e duas PECs.

instituição de políticas para combate à homotransfobia e conscientização sobre a comunidade LGBT+. A tabela a seguir os enumera:

Tabela 1

Número do PL	Matéria/Ementa	Data da Propositura	Estado atual
PLS Nº 101 de 2014	Altera o Código de Processo Penal para prever nova modalidade de prisão preventiva: em caso de flagrante de crime de racismo ou injúria racial, como recurso pedagógico, no interesse da sociedade.	24/03/2014	Arquivado
PL Nº 5576/2013	Acrescenta dispositivo ao art. 61, do Código Penal para considerar agravante o cometimento do crime em razão da raça, cor, etnia, religião, origem, orientação sexual ou deficiência física que são considerados crimes de ódio.	14/05/2013	Em tramitação
PL Nº 1959/2011	Altera a redação de dispositivos da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que "define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor"	09/08/2011	Em tramitação
PL Nº 1846/2011	Altera a alínea "c" do inciso I do art. 1º da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 - Lei da Tortura.	13/07/2011	Em tramitação
PL Nº 582/2011	Institui como circunstância que agrava a pena e qualifica o crime de homicídio a de ter o agente cometido o crime em função da orientação sexual do ofendido. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado à livre orientação sexual da pessoa.	23/02/2011	Arquivada
PL Nº 81/2007	Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia.	08/02/2007	Em tramitação
PL 6418/2005	Define os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.	14/12/2005	Em tramitação
PL Nº 7052/2006	Institui o Dia Nacional de Combate a Homofobia.	17/05/2006	Arquivado
PL Nº 122/2006	Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo	12/12/2006	Arquivado

	Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.		
PL Nº 6317/2005	Aplica sanções administrativas ao fornecedor que discriminar, preterir ou conferir tratamento diferenciado ao consumidor por motivos de preconceito ou racismo.	01/12/2005	Arquivado
PLS Nº 309 de 2004	Define os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.	04/11/2004	Arquivado
PL Nº 5/2003	Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o § 3º do art. 140 do Código Penal, para incluir a punição por discriminação ou preconceito de gênero e orientação sexual.	18/02/2003	Arquivado
PL Nº 6186/2002	Inclui como crime a discriminação ou preconceito contra a orientação sexual.	28/02/2002	Arquivado
PL Nº 6840/2002	Proíbe a inclusão de cláusulas discriminatórias quanto à orientação sexual do candidato, em editais para a prestação de concursos públicos.	22/05/2002	Apensado ao PL nº 5452 que encontra-se arquivado
PL Nº 5003/2001	Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.	07/08/2001	Arquivado
PLS Nº 52 de 1997	Define os crimes de prática de racismo e discriminação	03/04/1997	Arquivado

Essa breve exposição comprova que **(i)** as investidas da comunidade LGBT+ no Poder Legislativo foram e, ainda são, muitas no sentido de aprovar no Congresso a criminalização da homotransfobia – vide os quatro projetos que permanecem em votação – e **(ii)** o Congresso Nacional rejeitou, ao menos, nove projetos de lei, propostos em legislaturas diferentes, por parlamentares de diversas siglas em momentos diferentes da história do país.

Existem ainda, para somar a essa a longa lista, as PECs 110 e 111, propostas em 2011 que objetivavam tornar proibida a discriminação de trabalhadores por questões relacionadas à sexualidade⁸ e incluir entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a

⁸ Altera o art. 7º da Constituição para dispor sobre licença-natalidade, licença após adoção e vedar discriminação de trabalhador em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero.

promoção do bem de todos, sem preconceitos relativos à identidade de gênero ou orientação sexual⁹.

E mais outros: o PL nº 5003, proposto em 2001 e já arquivado; o PLS nº 672, proposto em 12/02/2019; o PL 7582/14 cuja ementa enunciava: “Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências.”; e o PLS 134/18 que estatuiria o Estatuto da Diversidade Sexual, diploma que voltava-se “a inclusão de todos, combater e criminalizar a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero, de modo a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos das minorias sexuais e de gênero”.

Por fim, dentre os quatro projetos ainda em tramitação, identificados na Tabela 1, não se pôde identificar nenhum que possua reais chances de ser aprovado pelo Congresso Nacional. A difícil realidade é que inexistem projetos para a criminalização da homofobia por meio da Legislativo o que seria, por certo, o mais adequado em termos de segurança jurídica e adequabilidade à Ciência do Direito, com reais chances de ser levado a Plenário para aprovação.

Tanto se afirma pela realidade fática do Poder Legislativo federal no qual, como já referido, parlamentares da extrema-direita inovam a todo tempo nas suas táticas para disseminação de preconceitos. Focalizando em conceitos mal compreendidos pela sociedade em geral, como a ideologia de gênero, deputados e senadores tem proposto projetos que objetivam, na verdade, o cerceamento de direitos e inviabilização da comunidade LGBT+ como um todo.

A práxis do Legislativo federal tem se tornado ainda mais avessa ao avanço. Basta que se olhe os grotescos debates da Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família da Câmara dos Deputados que aprovou, com larga margem, o PL nº 580/17 – que leva apenso o Projeto de Lei nº 5167/09. Em síntese, caso aprovado pelo Senado Federal, haveria a proibição do casamento homoafetivo no Brasil (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2023).

⁹ Altera o art. 3º da Constituição Federal para incluir entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos relativos a identidade de gênero ou orientação sexual.

O relatório que acompanha o parecer de aprovação é ainda pior: fala em homossexualismo; equipara a homossexualidade a uma patologia; incita ódios e demonstra a mais absoluta e comprometida vontade de alguns parlamentares em negar à comunidade LGBT+ quaisquer direitos.

Apesar dessa nefasta situação, existem avanços. Atualmente, ao Poder Legislativo, certas vozes têm se unido. São exemplos a de Erika Hilton e Duda Salabert, duas parlamentares transexuais, cujas opiniões ecoam pelas salas do Plenário da Câmara, chamando a atenção os parlamentares para que não mais ignorem a realidade do país para qual legislam (PSOL NA CÂMARA, 2023).

Entretanto, mesmo como todo os avanços, a redemocratização e reintrodução do pluripartidarismo no Brasil, o Congresso Nacional mantém-se representativo de somente um tipo de indivíduo: homens brancos ricos e, por conseguinte, existe uma latente sub-representação de negros, pobres, mulheres, indígenas e da comunidade LGBT+ em ambas as Casas.

A representação de interesses predominantemente conservadores faz do Congresso Nacional um lugar inapto, no momento, para que se discuta de maneira eficaz a criminalização de qualquer conduta discriminatória, inclusive aquelas direcionadas à comunidade LGBT+.

Enquanto a maior parte do Congresso for financiada por banqueiros da Faria Lima ou pelo agronegócio do Centro Oeste, grupos que não tem interesse algum em fazer aprovar leis cujas temáticas estão ligadas à proteção de direitos que não os deles, qualquer discussão efetivamente progressista e de garantia de direitos será terminantemente barrada.

Todos esses projetos de lei rechaçados no Congresso Nacional deixam bastante claro o porquê de a comunidade LGBT+ ter ido ao Poder Judiciário exigir direitos e que, por meio dele, obtivesse a usufruição deles. A utilização de ações de controle de constitucionalidade ou impetração de remédios constitucionais mostrou-se a maneira concreta, face à realidade, para que direitos sejam garantidos.

O que se obteve em 2019, com o julgamento da ADO nº 26 e MI nº 4177: a possibilidade da Lei de Racismo abarcar discriminação em razão da orientação sexual, foi suscitada ao Congresso Nacional em 2001¹⁰ – 11 anos antes da propositura da ADO nº 26 -, projeto esse que foi arquivado por ter passado duas legislaturas consecutivas sem votação.

Fato é que proteção à diversidade sexual não será objeto de legislação pelos parlamentares porque a estrutura de interesses presente no Poder Legislativo impede qualquer efetiva e real discussão do tema. Mesmo que certos parlamentares se esforcem e, aproveitando do momento político atual, possam impedir retrocessos, a inafastável e infeliz realidade é que o Congresso Nacional não virá ao socorro da comunidade LGBTQ+, por mais alarmantes que sejam os números, o Congresso Nacional se manterá inerte.

De outro lado, inegavelmente, a proteção à diversidade sexual é parte dos direitos humanos e mais: estará ligada aos conceitos de vida digna e plena e à própria dignidade da pessoa humana. Quando o Congresso Nacional, nega-se a legislar sobre a devida e necessária proteção, incorre em omissão legislativa grave, fundamentalmente contrária ao texto constitucional.

Como solução a esta inercia, entra o Poder Judiciário, cujo papel de proteção e garantia de direitos deverá fazer expurgar da sociedade brasileira quaisquer formas de violências ou violações aos direitos e preceitos fundamentais.

De fato, as recentes interpretações e concepções, da Constituição em seus mandamentos e princípios basilares, representam talvez não a solução definitiva de todos os problemas enfrentados por gays, lésbicas, bis, trans e travestis, mas um meio de garantir vida e uma parcela de segurança a essa comunidade.

A atuação do Poder Judiciário, em sua posição particularmente ativista (ativismo judicial) mostra-se, na sua busca diária da maior efetivação possível dos direitos fundamentais, um efetivador de direitos capaz proteger a diversidade sexual e mais: a proteção de seres humanos que tem suas vidas retiradas e suas liberdades tolhidas por decisão de outras pessoas. Através

¹⁰ Tratou-se do PL nº 5003/2001, cuja ementa ditava: “*Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.*” Foi arquivado em 2019.

do Judiciário que foram garantidos uma série de direitos, como elucidada a Dra. Maria Berenice Dias, Presidenta da Comissão da Diversidade Sexual da OAB:

Ainda que imensurável, não há como condenar parcela da população à invisibilidade, deixando-a a margem da tutela jurídica. Desta realidade tomou consciência a Justiça quando, há mais de uma década, passou a reconhecer as uniões homoafetivas como entidade familiar. De tão reiteradas algumas decisões, direitos passaram a ser deferidos em sede administrativa, como a concessão de pensão por morte e auxílio reclusão e a expedição de visto de permanência ao parceiro estrangeiro. Também a inclusão do companheiro como dependente no imposto de renda e a soma do rendimento do casal para a concessão de financiamento imobiliário foi regulamentada. (MARIA BERENICE, 2012)

A inviabilização de uma vida plena e feliz para a comunidade LGBTQ+ abrangem uma diversa gama de problemáticas não endereçadas pelo Poder Legislativo devido às mais diversas circunstâncias, mas que consubstanciam um fato inegável: o processo legislativo brasileiro encontra-se absolutamente inapto a discussões sérias a respeito de soluções às violências.

A proteção da comunidade LGBTQ+ pelo Estado é mais que cumprir a Constituição, é cumprir a síntese do Estado, é uma necessidade ética que deve categoricamente ser satisfeita. Entretanto, é certo que o Poder Legislativo, como está organizado atualmente, não a garantirá, razão que justificará a atuação do Poder Judiciário, suplementando as indisposições legislativas; propondo soluções e organizando ações a fim que sejam cumpridas as funções do Estado e os mandamentos da Constituição.

4. ATIVISMO JUDICIAL: ASPECTOS TEÓRICOS E RELAÇÕES COM A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

4.1. O NEOCONSTITUCIONALISMO, ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O positivismo jurídico, anterior ao neoconstitucionalismo, nasceu de maneira a separar o direito da moral, desvinculando discussões sobre caráter, a justeza ou não de uma norma. Buscou-se, sobretudo, uma equiparação do direito às ciências naturais, conforme bem sintetiza Barroso:

O positivismo jurídico aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo de Direito, na pretensão de criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável enão na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendententes. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça. (BARROSO, 2019, p. 235 e 236)

O interprete da norma deveria, portanto, atuar de maneira a simplesmente fazer uma interpretação literal da norma, sem realizar ponderações e limitações ao sentido único que se depreenderia de alguma disposição legal.

O positivismo jurídico abrangia a supremacia da vontade do parlamento, lastreado no voto popular; sendo o texto constitucional, como texto político, divisor e limitador de poderes mas não um validador da democracia e da “vontade popular”. Havia, portanto, a concepção da lei tão somente como produto de uma vontade da sociedade, baseada na vontade de muitos (princípio democrático) de uma democracia legitimada nos processos próprios e peculiares de cada sociedade.

Tal construção teórica legava ao Poder Judiciário um papel de menor importância como aplicador da lei produzida pelo legislador. O controle de constitucionalidade das legislações produzidas, essencial à judicialização da política e ao ativismo judicial, era bastante tímido ou até mesmo inexistente (BARROSO, 2019).

Após a Segunda Guerra, todos os horrores dos Estado nazifascistas demonstraram o grave problema da legitimação da lei pela lei sem qualquer componente para além, capaz de balizar e

checá-la em seus aspectos éticos e morais no judiciário. A concepção clássica do juiz como a “boca da lei”, na qual a legislação seria imposta aos cidadãos em um juízo de fatos, sem que fossem observados quaisquer valores, foi a base para autoritarismos e supressão de direitos de minorias. A esse respeito, elucida Barroso:

O positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas acabou se convertendo em uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter-se tornado não apenas um modo de entender o Direito, mas também de querer o Direito¹. Em diferentes partes do mundo, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. (BARROSO, 2019, p. 237)

A própria decadência do sistema positivista associa-se à queda dos regimes fascistas na Alemanha e Itália, ao passo que muitos dos políticos e militares julgados após o fim da Segunda Guerra Mundial justificaram seus abusos no “estrito cumprimento da lei”. Nesse sentido o império da vontade da maioria detinha tamanho poder que dobrou seus valores morais e éticos, fazendo-os perseguir e exterminar judeus, portadores de deficiências, homossexuais, ciganos e diversos outros grupos vulneráveis.

De fato, os feitos aterrorizantes realizados contra minorias na Europa ocupada estavam devidamente normatizados em legislações específicas aprovadas pelo poder legítimo (ou legitimado) da sociedade alemã. Inclusive, o mesmo pode ser afirmado sobre a perseguição da população LGBT+, em países de “primeira democracia” como Estados Unidos e Reino Unido que emprisionaram homossexuais anos a fio, em suas terras e nos seus limites extrameres; fizeram parte das leis e políticas de diversos Estados durante boa parte da história da humanidade a absoluta criminalização da homossexualidade, fato que perpetua-se até hoje em algumas das antigas colônias do “civilizador” Império Britânico.

É inegável que o Estado de Direito dos séculos XIX e XX conviveram concomitantemente a alguns dos mais terríveis e cruéis acontecimentos da história humana.

O estado das coisas, portanto, exigiu do Direito algo além. O pós-Guerra demonstrou a necessidade de vincular o direito a algo de moral e ético, ligado às construções sociais de cada sociedade. Com a promulgação da Carta de Direitos Humanos em 1948, os direitos

fundamentais (precipuamente principiológicos e com alto teor ético) passaram a fazer parte das maiorias das constituições e legislações mundiais.

A superação do modelo positivista, permitiu que as constituições passassem a estabelecer princípios mínimos juridicamente vinculantes, mesmo que sem o exato teor e forma de norma jurídica. Mais adiante, as constituições passaram a prometer o provimento de soluções mínimas e eficazes à concepção limitante da lei pela lei.

Apesar de já existirem, nas mais diversas constituições, direitos fundamentais por sua natureza, como a vida e a liberdade¹¹, as constituições do pós-Guerra foi inserida com novos, mais modernos e amplos, como a dignidade da pessoa humana, cujo teor pode ser percebido nas mais diversas áreas do direito contemporâneo e mais: que possuem aplicabilidade imediata na sociedade, dispensando-se, inclusive, a atividade legiferante.

Nesse sentido, Barroso assim elucida:

De longa data se encontra superada a concepção da Constituição como um documento político, que conteria uma convocação à atuação dos Poderes Públicos. Por essa visão antiga, que deita raízes no constitucionalismo francês e prevaleceu no Brasil até muito recentemente, a concretização de um direito fundamental dependeria ou da intermediação do legislador ou de uma atuação discricionária da Administração. Desse modo, mesmo que incorporados à Constituição, não seriam mais do que princípios morais, sem valor jurídico. Pessoalmente, dediquei grande energia acadêmica à superação desse modo de pensar e praticar o direito constitucional°. Nos dias atuais, já não se nega o caráter juri-dico e, pois, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia. Constituições de diferentes países passaram a prever, expressamente, começando pela Lei Fundamental de Bonn, que os direitos fundamentais vinculam os três Poderes e constituem "lei diretamente aplicável" (art. 19, 3). A mesma linha foi seguida por Portugal (art. 18) e Espanha (art. 33), entre outros. No Brasil, a Constituição de 1988 prevê expressamente, no art. 5º, § 19. "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BARROSO, 2019, p. 502 e 503)

Desse modo, as leis passaram a subordinar-se aos mandamentos constitucionais de maneira mais contundente. Além disso, passa a ser necessário que o teor de uma legislação se compatibilize com as disposições constitucionais. Sobre o assunto, novamente Barroso:

O Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se

¹¹ Vide a Constituição americana, mas também a francesa e até mesmo constituições brasileiras do século XIX.

reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, s lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel tico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar as tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legisla-os ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da instituição. (BARROSO, 2019, p. 240.)

Os direitos fundamentais passaram a ser a égide maior de toda a sociedade, ao mesmo tempo que funcionariam como o validador substancial das legislações infraconstucionais de modo a permitir o afastamento de toda lei que os contrariasse sob qualquer espectro, tornaram-se balizadores da atividade legislativa, permitindo um maior controle do Poder Judiciário e, ao fim, a sobreposição da constituição sob a própria democracia.

Nesse sentido, Robert Dworkin:

Individual rights are political trumps held by the individuals. Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them (DWORKIN, 1997, p. 11)

Em síntese, aperfeiçoou-se a concepção de que a legitimação de uma lei deveria advir diretamente dos processos legislativos pertinentes. Também daqui advém o princípio da força normativa da constituição que até hoje apresenta muita força no direito constitucional brasileiro.

Nesse âmbito nasce o pós-positivismo doutrina que, segundo Barroso se configura da seguinte maneira:

A doutrina pós-positivista se inspira na **revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática**. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética (BARROSO, 2019, p. 275).

De modo que o novo direito constitucional, o neoconstitucionalismo, nasce como um reencontro da ciência jurídica com o senso de justiça. Mesmo que os textos constitucionais sempre tenham sido embebidos de valores sociais da sociedade e período de tempo em que foram elaborados, tanto que as constituições foram durante muito tempo consideradas

manifestações políticas de um povo, bem como temas tais como igualdade e liberdade já estão presentes em textos organizacionais de Estado há séculos.

A novidade do neoconstitucionalismo está na releitura de certos princípios e a inserção de novos, especialmente aquele que é o mais importante da ordem normativa do Estado brasileiro: a dignidade da pessoa humana, balizadora de toda a ordem constitucional, permitindo uma leitura ativa dos mandamentos constitucionais.

A construção do novo direito constitucional brasileiro, compreendendo a transmutação dos direitos fundamentais plasmados em princípios constitucionais, os determina diretamente aplicáveis na sociedade e, na eventualidade de não ser possível a aplicação direta, o serão via legislação infraconstitucional, e mais ainda, nos casos em que Poder Legislativo mostra-se inapto ou omissivo, deverão ser satisfeitos pelo Supremo Tribunal Federal.

No caso brasileiro, em especial a Constituição da República, para além de exigir a necessária vinculação entre seu texto e aqueles das demais legislações, passa a exigir uma atuação do legislador que se relacionam as diretrizes do texto de constituição, daí os mandamentos de criminalização de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, presente no art. 5º do texto constitucional.

De fato, a CRFB/88, constituição programática que é, estabelece não somente limites e legitimidades para o poder, mas também caminhos a serem perseguidos pela sociedade e, no caso em especial, a repressão de todas as condutas atentatórias à vida, à diversidade e, antes de tudo, à dignidade humana.

E ainda mais: a fim de que seja garantida a força máxima da constituição e sua efetivação a Constituição eleva o Poder Judiciário, ampliando a possibilidade de acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao mesmo tempo fortalece e possibilita a atuação dos juízes e Ministros dando-lhes a possibilidade de analisar a constitucionalidade de leis que garantem a irradiação do texto constitucional em todo o ordenamento jurídico, em relações privadas e públicas.

Não suficiente, o Poder Constituinte Originário, mas também o Derivado, instrumentalizaram grupos diversos, dentro e fora das estruturas de poder – vide o amplo rol de

legitimados -, para que exigissem do STF a efetivação de direitos. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção são verdadeiras ferramentas para fazer valer a Constituição acima do Legislador, caso seja preciso.

Esse erguimento e fortalecimento do Poder Judiciário levam a dois movimentos complementares e em muito relacionados como o tema desta pesquisa: a judicialização da política e o ativismo judicial, por meio dos quais foi-se feita a criminalização da homotransfobia.

Barroso (2019) assim define o processo de judicialização da política:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Ainda os fundamentos para esse fenômeno seriam, em seu entender: **(i)** a redemocratização do país que levantou o Poder Judiciário de mero departamento técnico-especializado e o transformou em um verdadeiro poder político; **(ii)** a constitucionalização de diversos temas na Constituição de 1988, notória em seu extenso caráter analítico e **(iii)** o robusto sistema brasileiro de controle de constitucionalidade brasileiro que dá poderes ao STF e todos os demais órgãos do Poder Judiciário, em maior ou menor grau, para analisem a constitucionalidade de leis (BARROSO, 2009).

Vianna (1999) alude, ainda, que a judicialização deriva do extenso rol de direitos fundamentais expressos na Constituição; além do fato da CRFB trazer uma agenda igualitária, programando um Estado social de proteção às diversidades e valorização da dignidade humana que, chocando-se com a práxis legislativas já exposta, gera circunstâncias que levam a sociedade civil a exigir do Poder Judiciário soluções por meio de suas decisões judiciais.

A esse respeito, Vianna elucida:

Na sociedade brasileira, um caso de capitalismo retardatário e de democracia política incipiente, a presença expansiva do direito e de suas instituições, mais do que indicativa de um ambiente social marcado pela desregulação e pela anomia, é a expressão do avanço da agenda igualitária em um contexto que, tradicionalmente, não conheceu as instituições da liberdade. Neste sentido, o direito não é "substitutivo" da República, dos partidos e do associativismo - ele apenas ocupa um vazio, pondo-se no lugar deles, e não necessariamente como solução permanente. (VIANNA, 1999, p. 150)

Desse modo, a judicialização passa a ser a resposta que o direito dá à sociedade, suprimindo as lacunas deixadas pelo desenho institucional brasileiro. De fato, a judicialização da política deriva de uma miríade de fatores e, em especial, das necessidades da sociedade brasileira, como um todo, de que sejam reconhecidos os direitos garantidos na Constituição.

Nesse sentido, Vianna (2007) elucida que os processos que culminaram na necessidade da discussão da política pelo Poder Judiciário estão relacionadas à necessidade do neoconstitucionalismo em ter um judiciário capaz de exercer jurisdição sobre a legislação produzida pelo Poder Legiferante.

Adicionalmente, quando a Constituição da República estabelece certos caminhos a serem traçados e objetivos a serem alcançados, incutiram na população desejos de realização de seus anseios, conforme bem explica Anderson Teixeira e Isadora Neves (2014):

A judicialização da política na experiência brasileira não é, portanto, resultado de um mero protagonismo institucional por parte do Poder Judiciário, já que deriva também das necessidades oriundas da sociedade civil, que tem encontrado no direito um caminho para a representação de seus interesses. Verifica-se que a judicialização da política é um fenômeno não apenas jurídico, mas eminentemente político e social, que foi provocado, no caso brasileiro, entre outros fatores, pela redemocratização, pela concepção de um constitucionalismo dirigente, por um modelo de Estado Social e pelo aumento da litigiosidade. Luis Roberto Barroso (2009, p. 71-72) recorda que "desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países, um avanço na justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular"..

O processo de judicialização da política, portanto, derivará da insatisfação de grupos sociais que aproveitam da amplitude e abertura dada pela Constituição para submeter ao STF aflições que não são endereçadas pelos Poderes competentes.

O uso, pela comunidade LGBT+, da via da judicialização das questões existenciais que afligem a comunidade advém exatamente dessa frustração das tentativas infrutíferas para a

criminalização da homotransfobia no Poder Legislativo que somente pôde ser sanada perante o Estado julgador.

O ativismo judicial, por sua vez, é associado, por Barroso, a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário, objetivando, ao fim, a concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Nesse sentido, elucida que, em certos casos, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios (BARROSO, 2019).

De fato, o neoconstitucionalismo desenvolveu intrínseca relação como o ativismo judicial, como explica Daniel Sarmiento quando afirma que:

(...) cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. **De poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.** A principal matéria-prima dos estudos que se identificam com o neoconstitucionalismo relaciona-se às mutações da cultura jurídica acima descritas. Em que pese a heterogeneidade dos posicionamentos jusfilosóficos dos autores que se filiam a esta linha, não me parece uma simplificação exagerada dizer que os seus principais pontos de convergência são o reconhecimento destas mudanças e a sua defesa. (SARMENTO, 2009, p. 7) (grifos meus)

Imbuído do papel de garantidor de direitos, o Poder Judiciário tem cada vez mais atuado como agente normatizador e expansor de sentidos interpretativos que, nas palavras Barroso, “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2011).

O ativismo, desse modo, seria um avanço interpretativo do julgador, que atua para além do texto da lei e considera outros aspectos não necessariamente ligados à interpretação pura e simples do texto legal e, especialmente, constitucional.

Em termos mais teóricos, o ativismo judicial está ligado aos limites e a conceituação do papel interpretativo do julgador durante a interpretação de dispositivos jurídicos: se simples ato de compreensão da vontade do legislador ou se algo a mais que demandaria do julgador a necessidade de depreender o melhor sentido da norma (BARROSO, 2019).

Assim, o ativismo judicial partiria de uma necessidade social que foi identificada, no caso em estudo, a proteção de algum direito fundamental não contemplado por uma legislação infraconstitucional de maneira que o julgador deverá encontrar uma solução capaz de sanar o problema social.

O ativismo judicial derivaria de conceber a possibilidade de que a interpretação jurídica deve abranger um caráter utilitarista, de maneira que deve ser garantido uma interpretação que melhor garanta os direitos dos cidadãos.

Permitirá, portanto, que o juiz possa proteger os interesses das minorias face à vontade política da maioria. Em suma, o ativismo permitiria o preenchimento de lacunas legais de maneira a garantir que a todos os cidadãos acesso ao direito em sua plenitude.

Os recentes processos de judicialização da política e ativismo judicial do STF, relacionam-se sobremaneira com as possibilidades, ao judiciário, abertas pela Constituição de 1988. A esse respeito, Barroso elucida:

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana - em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto - e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. (BARROSO, 2019, p. 433)

Nesse contexto, a judicialização e o ativismo judicial constituem um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa a não ser se pronunciarem sobre a questão.

Assim, tanto o ativismo judicial quanto a judicialização da política perpassam pela necessidade de uma efetivação dos direitos expressos pela Constituição, diferenciando-se, porém, na singularização de sua justificativa.

De todo modo, a atuação do Poder Judiciário, seja pela judicialização da política ou no ativismo judicial, far-se-á tão somente quando os demais Poderes atuarem de maneira omissa ou pouco satisfatória. A atuação quase “legiferante” e suposta invasão da esfera de poder de outros Poderes, justificar-se-ia na necessidade de suplementação de uma atuação ineficiente e deliberadamente abusiva.

4.2. O CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA: O DIREITO DE SER FELIZ SENDO O QUE SE É E OS MANDAMENTOS DE CRIMINALIZAÇÃO PARA REPRESSÃO DAS DISCRIMINAÇÕES

Não é possível que se discuta direitos fundamentais sem que se trate, mesmo que brevemente, da dignidade humana. Luis Roberto Barroso enuncia esse princípio, numa visão laica e jurídica, de maneira aberta, plástica e plural que permitiria a concepção de um valor intrínseco a todos os seres humanos.

A noção de dignidade humana em uma concepção minimalista, abarcaria, como ensina o referido: (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, para que se autodetermine e (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais. No âmbito dessa proposição, pode-se depreender que a dignidade humana abrangerá a proteção do que faz o indivíduo singular em meio a coletividade.

Paulo Iotti vai além quando enuncia os direitos fundamentais como exteriorizações da dignidade humana, quando criam premissas básicas para garantir uma vida digna a todas as pessoas. Por fim, arremata afirmando que:

“os direitos alçados à condição de fundamentais por nossa Constituição Federal tenham diferentes gradações de dignidade humana em seu conteúdo (ou seja, o fato de alguns desses direitos possuírem maior carga de proteção à dignidade humana do que outros), todos eles representam a exteriorização de uma vertente da dignidade humana que o Constituinte quis proteger.” (IOTTI, 2012, p. 150)

Ao aduzir sobre os ensinamentos de Antônio Junqueira de Azevedo, explica:

Na classificação trazida por Antônio Junqueira de Azevedo há duas concepções acerca da dignidade humana: a insular e a da nova ética. A primeira afirma o ser humano como razão e vontade para uns e, para outros, como autoconsciência; ao passo que a segunda, por ele defendida, vê o ser humano integrado à natureza, sendo capaz “de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem,

dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem”. Deve restar claro que os conceitos supraexpostos referem-se ao traço diferenciador da pessoa humana com relação aos demais seres vivos. Isso porque toda e qualquer forma de vida merece ter proteção jurídica que evite abusos arbitrários – o que pode ser constatado pela proteção conferida ao meio ambiente e aos direitos dos animais de não serem tratados com crueldade. Contudo, o que a dignidade humana visa garantir é uma proteção especial à pessoa humana, uma vez que tem ela atributos que a diferenciam positivamente das demais formas de vida, e que lhe garantem direitos a uma maior proteção do que a ofertada aos demais seres vivos.

Assim, para a concepção insular, o que diferencia o ser humano dos demais seres vivos e garante especial proteção à sua dignidade são a razão e a vontade a ele inerentes, na medida em que são a sua capacidade de pensar racionalmente (analisando as questões sob fundamentos fático-científicos) e de agir de acordo com o seu próprio pensamento (vontade livre) que o diferenciam dos demais seres vivos. Ou então, para outra vertente desta concepção, a sua capacidade de autoconsciência, ou seja, de ter a compreensão de si mesmo, no sentido de se autodeterminar, o que, a meu ver, supõe, necessariamente, o uso da razão e da vontade. (IOTTI, 2012, p. 149)

A dignidade humana, nesse prisma, garante a singularidade dos indivíduos no meio coletivo. Em suma, permite que cada pessoa possa ser o que é, como quer ser. É certo que tais *autonomias* pressupõem limitações sociais, já que os direitos de todos deverão ser preservados; porém, essas limitações pressupõem um sopesamento de intenções e valores, de modo que não poderão ser impostas às minorias concepções vestidas de democráticas, mas que, no fundo, são a perpetuação de preconceitos. Daí virá a necessária atuação do Poder Judiciário em sobrepor-se ao Legislador e fazer valer o direito à existência de todos os seres humanos.

Como referido, a dignidade humana vincular-se-á a diversos espectros da vida social. Abarcará das mais diversas questões, desde econômicas, políticas, habitacionais, de saúde, privacidade, lazer até o acesso à cultura e arte, mas também questões de sexualidade e gênero. A dignidade humana, por ser o alicerce da essência humana, do que é ser humano, permitirá dizer que existe um direito as diversidades sexuais e de gênero que consubstanciam diversas decisões recentes de Tribunais Superiores.

Mais que isso: será o lastro com o qual se permitirá exigir dos Poderes Públicos prestações específicas para se viver uma vida plena. Paulo Iotti justifica uma atuação estatal ao conceber o princípio da dignidade humana como de dupla função, utilizando-se dos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, quem afirma ter a dignidade humana uma função de limitador da atividade estatal, mas também um fator que determina um dever prestacional do Estado, que deve tomar todas as medidas necessárias para garantir que todas as pessoas humanas tenham sua dignidade respeitada por toda a coletividade (IOTTI, 2012).

Do exposto, é inescapável a seguinte conclusão: existem na Constituição determinações ao Estado brasileiro para que atue duplamente, tanto na proteção dos direitos fundamentais (no limiar, a dignidade humana) quanto na imposição de garantias a uma vida digna, plena e feliz (permitindo a todos o gozo de suas autonomias e essências humanas singulares).

Desse modo, o Estado deve tanto abster-se de causar sofrimento tanto quanto deve atuar para evitar e ou reprimir causas de sofrimento. Nessa lógica, a atuação estatal pode se dar através de políticas públicas, promoção de espaços e abertura de diálogos, legislações e ações concretas que visem a melhora do cotidiano de todas as pessoas, sem distinção.

Como a realidade no Brasil é outra, especialmente quando se trata de minorias representativas das diversidades sexuais, são latentes as inexistências de quaisquer mecanismos de efetivação da dignidade humana, o que exige uma necessária atuação do Poder Judiciário.

Constando-se que tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo mostraram-se omissos na efetivação de uma vida digna às pessoas homotranssexuais, o Poder Judiciário, uma vez provocado, deverá atuar. Já que o Congresso Nacional discute legislações para “cura gay” ou cerceamento de direitos de travestis e transexuais, quando a sociedade civil se organiza de maneira a exigir do outro ramo do Poder do Estado a efetivação de direitos e o expurgo do preconceito da sociedade, é legítima uma atuação ativa do Supremo Tribunal Federal.

Assim, o STF, calcado numa interpretação ativa e eficiente da Constituição, tem garantido certos direitos à comunidade LGBTQ+ de maneira a obstar os retrocessos e, ainda, oferecer uma luz ao fim do túnel para tais pessoas.

4.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO MANDAMENTOS

A Constituição da República de 1988 estabeleceu como premissa básica que todo cidadão terá direito a uma vida digna. Mais que isso, estabeleceu mecanismos e obrigações para que todas as pessoas sob a jurisdição brasileira tenham direito a existir em plena felicidade. Além disso, o Constituinte de 1988 não mediu palavras na proteção das diversidades: são inúmeros os dispositivos na CRFB em que são protegidos, direta ou indiretamente, os mais diversos segmentos da sociedade. Tudo o que era almejado era manifestação de uma sociedade plural e diversa, na qual todos os cidadãos respeitam-se mutuamente.

Especialmente, a Constituição estabeleceu um rol de direitos fundamentais que terão aplicação direta e imediata sobre todo o ordenamento jurídico. Somado a isso, a atual perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais (humanos ou não), bem como suas funções de imperativos da tutela constitucional (mandamentos de maximização, como ensina Barroso) compele o Estado a atuar de uma maneira mais contundente e ágil na satisfação de direitos.

De fato, o Estado Democrático de Direito superou uma visão do texto constitucional como documento político, como aduz Barroso:

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário - ou, onde existia, era tímido e pouco relevante (BARROSO, 2019, p. 429)

Por esse motivo, a constituição tornou-se, também, um texto especialmente protagonista, voltado ao direcionamento do Estado para determinado objetivo. No Estado Constitucional/Democrático de Direito, a ideia do “legislador infalível”, cujas legislações seriam a expressividade máxima da vontade do povo, foi substituída pela vinculação jurídica (e não somente política) dos poderes públicos aos mandados constitucionais.

Com isso, ao Poder Judiciário foi dado o controle de constitucionalidade das leis elaboradas pelo parlamento de modo que o STF passou a dar a interpretação final e vinculante das normas constitucionais (BARROSO, 2019). Além disso, como já referido, foram introduzidas ferramentas capazes de permitir ao Supremo suplementar omissões legislativas que inviabilizam a completa usufruição dos direitos constitucionais.

Quando a Constituição da República instituiu os chamados “mandados de criminalização”, não somente foram estabelecidos direitos fundamentais que garantem aos cidadãos proteções ou prestações do Estado, esses também ditam ao legislador repressões que deverão ser instituídas pelo Estado.

Visando uma vida plena e feliz (digna) a Constituição determinou ao Legislador uma ação, uma atuação positiva, capaz de afastar do âmbito social as violências às minorias. Caberia ao Legislador instituir legislações que reprimissem quaisquer atos atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais.

A esse respeito, Hamilton Gonçalves (2017), ao estudar Salo de Carvalho, assevera que Constituição de 1988, na seara do direito penal, não se limitou a traçar garantias e direitos individuais, e sim estabeleceu uma série de dispositivos criminalizantes, os chamados “mandados de criminalização”.

Continua o autor ao dizer que a Constituição da República possui um traço comum das constituições do pós-guerra, com seu caráter analítico e alto grau de complexidade de suas disposições, que estipulam objetivos e compromissos com a realização do Estado Democrático de Direito, e afirma:

Um traço bastante comum das constituições do pós-guerra, de modo geral, é seu caráter analítico e o alto grau de complexidade de suas disposições – em suma, são constituições grandes e promissoras, que estipulam objetivos e compromissos com a realização do Estado Democrático de Direito (GONÇALVES, 2017, p. 124)

No mesmo sentido, Gilmar Mendes, ao tratar de Teoria dos Direitos Fundamentais, elucida que “a exigência de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata traduz a pretensão do constituinte no sentido de instituir uma completa e integral vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais” (MENDES, 2012). Inclusive, arremata asseverando que os direitos fundamentais obrigam a todos os Poderes da República, em todos os planos da federação.

Ciente da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, quando a Carta Magna estabelece a proteção à diversidade humana em todas as suas formas, conforme o artigo 3º, IV da CRFB/88¹², vai além e determina que o legislador puna quaisquer condutas de “*discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”.

¹² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; **IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.**

Desse modo, a Constituição não só cria limites à atividade legiferante quando estabelece as cláusulas pétreas, regimes de imunidades e competências, mas também define impulsos ao legislador que nem sempre estarão alinhados aos interesses da “maioria democrática” ou aos desígnios dos concílios inerentes ao Congresso Nacional brasileiro. Assim, é dever do legislador tanto proteger juridicamente os indivíduos do Estado como também de outros cidadãos, conforme observa Gilmar Mendes, mesmo que essa proteção seja contra os interesses da maioria democrática:

Outra consequência clara da vinculação da atividade legislativa aos direitos fundamentais **refere-se ao reconhecimento de que o legislador não só deve respeitar estritamente os limites estabelecidos para a Constituição, no caso de imposição de restrições a direitos, como também está compelido a editar as normas indispensáveis à concretização de inúmeros direitos fundamentais**, especialmente do direito de igualdade e daqueles direitos dotados de âmbito de proteção com conteúdo estritamente normativo (dever constitucional de legislar/omissão inconstitucional). (MENDES, 2012)

Nesse aspecto, como ensina Luciano Feldens, os direitos fundamentais em si possuem um paradoxo, pois podem ser ao mesmo tempo profundamente democráticos e também profundamente “antidemocráticos”. São democráticos à medida que asseguram a existência e desenvolvimento da pessoa, graças à garantia dos direitos de liberdade e igualdade, e são antidemocráticos ao operarem como contrários ao poder do legislador eleito por maioria (FELDENS, 2012).

Nesse raciocínio, os direitos fundamentais superam a simples concepção dos direitos subjetivos públicos – como travas ao poder de Estado –, passando a atuar como freios à própria maioria, por isso possuem características peculiares que os fazem gênero próprio na seara constitucional.

Além disso, são dispositivos eminentemente principiológicos, circunstância que os fazem verdadeiros mandamento de efetivação, conforme ensina Luis Roberto Barroso, cujo núcleo essencial deverá ser preservado.

Tanto o legislador quanto o judiciário devem olhar para tais de direitos de maneira a preservar-lhes o máximo de sentido, mantidos em seus núcleos essenciais. No judiciário essa

efetivação dar-se-á no movimento de ponderação de direitos quando conflituosos e, no legislativo, na efetivação dos direitos fundamentais por meio de leis.

Ferreira de Lima, a esse respeito, assevera que os direitos fundamentais, além de serem instrumento de proteção contra abusos estatais decorrentes da violência originada pelos poderes econômico, político e social, são ainda garantias de que o Estado agirá positivamente na implementação de condições fáticas que permitam o exercício e direitos de liberdades fundamentais (LIMA, 2012).

Desse modo, no âmbito infralegal, a atuação do legislador deverá pautar-se para garantir que os direitos fundamentais sejam plenamente usufruídos pelos cidadãos e, nesse sentido, se for preciso, instituir punições.

Por certo, eventualmente, a efetivação dos mandamentos constitucionais perpassará pela criminalização de condutas que, embasadas em preconceito, ameaçam as liberdades e os direitos fundamentais elencados no texto constitucional. Na verdade, a implementação das “*condições fáticas que permitam o exercício e direitos de liberdades fundamentais*” de que fala Ferreira de Lima perpassam pela última *ratio* do direito: o direito penal.

Muitas vezes, a maneira de reprimir determinada conduta será através de sua caracterização como crime. São os casos do racismo, do feminicídio e, mais recentemente, da homotransfobia. A criminalização tem o objetivo de dar proteção penal ao bem jurídico considerado fundamental, sempre cuidando da proporcionalidade da punição e evitando o risco da proteção insuficiente os direitos fundamentais.

O que se busca, desse modo, é utilização da proteção estatal, por meio do direito penal, para que os direitos fundamentais sejam respeitados e, no especial acerca da diversidade sexual, o que se pretende é superar a omissão legislativa, de um Parlamento preponderantemente preconceituoso, para sanar as mazelas enfrentadas pela comunidade LGBT+.

De fato, a atual concepção do Estado brasileiro, sua organização política e princípios basilares não podem conviver com os absurdos do relapso do Congresso Nacional. Foi preciso,

portanto, buscar a satisfação de direitos noutra lugar: no Poder Judiciário. Dessa busca resultou o ativismo judicial e na judicialização da política, já tratados.

4.4. O PODER JUDICIÁRIO COMO EFETIVADOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA COMUNIDADE LGBT+ POR MEIO DE AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O neoconstitucionalismo, como visto, deu bastante azo ao ativismo judicial para que os juízes, quando preciso, satisfação, de maneira expressiva e suficiente, os mandamentos constitucionais afim de que supram alguma lacuna legislativa que, pelas construções práticas, não poderá ser solvida no âmbito legislativo.

Inclusive, a possibilidade do controle de constitucionalidade bastante amplo garantido ao Poder Judiciário, como visto, é um dos elementos que fomentaram a judicialização da política e ampliou os caminhos para o ativismo judicial.

A Constituição da República de 1988 introduziu dois mecanismos importantes e necessários à realidade brasileira. O Poder Constituinte, ciente da morosidade do Poder Legislativo, das necessidades do povo e dos direitos que estabelecia no texto constitucional, inseriu à Constituição mecanismos capazes de satisfazer, por via judicial própria, os anseios da população. De fato, as ações de controle de constitucionalidade e os remédios constitucionais, para além do seu papel jurídico e institucional de proteção orgânica da constituição, são os instrumentos utilizados por diversos grupos sociais para exigir no STF a satisfação de um direito.

O Mandado de Injunção (MI), remédio constitucional que pode ser acionado por extenso rol de legitimados, permite ao Supremo preencher diretamente uma lacuna legislativa que impede a usufruição de um direito fundamental. O MI é instrumento de verdadeira legitimação da atuação judiciária a fim de suprimir um vácuo legislativo que impossibilita a certos indivíduos gozarem das prerrogativas estabelecidas na Constituição da República.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), uma ação de controle de constitucionalidade, representa outro mecanismo posto na CRFB/88 para que Suprema Corte brasileira atue ao socorro das minorias, mas desta vez, declarando em mora o Legislativo e

reconhecendo que a omissão legislativa representa patologia latente à supremacia da Constituição.

O constitucionalismo brasileiro dá a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal afaste legislações, bem como julgue-as inconstitucionais e até mesmo determine-lhes certa interpretação *conforme* a Constituição a fim de que os preceitos do texto constitucional sejam devidamente obedecidos. Isso tudo (i.e o controle de constitucionalidade) existe e presta-se para garantir a supremacia da Constituição da República e a estrita vinculação aos direitos fundamentais.

Atualmente, ambos representam um contraponto a práxis de modo que contornam a inaptidão do Legislativo em atender às urgências sociais para efetivar a proteção do Estado às pessoas que mais necessitam. O posicionamento do STF nas questões que lhe são postas, inclusas aqui aquelas relativas às diversidades sexuais, é meio de, no Brasil, o Estado garantir a plenitude de uma vida feliz e sem perigos a todos os cidadãos.

Para além da instrumentalidade, fator que consubstancia fortemente a atuação do STF na efetivação de direitos fundamentais em suas decisões é o princípio contramajoritário. Tal princípio, em síntese, significa que cabe ao Poder Judiciário, enquanto um dos ramos do Poder da República, e ao Supremo, como órgão de cúpula, garantir a supremacia Constituição (e das demais legislações) mesmo que sobre a vontade popular¹³.

A formulação desse modelo é simples: a democracia exige a supremacia da vontade popular (inobstante, aqui, a discussão acerca de real função de um parlamento representativo em uma democracia do século XXI) que nem sempre estará alinhada aos preceitos básicos do Estado Democrático de Direito e tão pouco com as disposições constitucionais gerais ou específicas, o que exige que um outro poder, em *contrapeso*, subjugue a vontade da maioria aos mandamentos da legislação.

Apesar das controvérsias sobre o tema, Barroso, referindo-se às conclusões de Alexy e Hart, assenta a legitimidade do princípio contramajoritário em dois fundamentos. O primeiro,

¹³ Conforme nos explica Barroso: “Isso [o princípio contramajoritário] significa que os juízes das cortes superiores que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática.” (BARROSO, 2019) p. 471.

na necessária proteção dos direitos fundamentais; o segundo, relativo à proteção do jogo democrático e a participação política de todos. Desse modo, as cortes constitucionais imbuem-se do papel de sentinela contra a tirania das maiorias (BARROSO, 2019).

Esse entendimento do conceito do princípio contramajoritário como estabelecedor do papel de sentinela ao STF contra a tirania da maioria alinha-se completamente à criminalização da homotransfobia uma vez que, de fato, permite entender a atuação da Corte como um poder capaz de levantar-se sobre as violências preconceituosas de uma maioria tirana – representada no Congresso Nacional - para impor restrições às barbáries.

O princípio contramajoritário, no julgamento do MI nº 4733 ou ADO nº 26, permitiu ao Supremo Tribunal Federal assumir posicionamento capaz de sanar a inaptidão dos demais Poderes, verdadeiramente contra a maioria, na proteção dos interesses e desejos de um segmento da população fortemente estigmatizado.

A compreensão de todos os enunciamentos antes referidos, do conceito de dignidade humana aos mandamentos de criminalização trazidos no texto constitucional e o reconhecimento da preconização à proteção dos direitos humanos, tem dado ao STF a capacidade de atuar em contraposição ao Legislativo, de maneira a sanar as circunstâncias sobremaneira incólumes da comunidade LGBT+.

Assim, o Supremo Tribunal Federal tem se movido a fim de dar solução às mais diversas problemáticas. A esse respeito, inclusive, não só o STF criminalizou a prática da homotransfobia, objeto do presente estudo, mas também garantiu o casamento homoafetivo¹⁴, a possibilidade de doação de sangue por pessoas não heterossexuais¹⁵, dentre várias outras mais, a fim de suprir uma morosidade ou inação do poder legiferante.

As ações de controle de constitucionalidade, especialmente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o remédio constitucional do mandado de injunção são instrumentos fundamentais dados ao Supremo Tribunal Federal pelo Poder Constituinte e constituem-se em ferramentas firmes e legítimas, por meio das quais as minorias afetadas, cujos

¹⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 132.

¹⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5543.

direitos constitucionalmente garantidos, fundamentais ou não, farão ser observados pelo Estado e por eles, as minorias, usufruídos.

De fato, como visto, a conjuntura brasileira a que estão submetidos os membros da comunidade LGBT+ representa uma violenta e expressiva violação dos mandamentos constitucionais de proteção à diversidade, à vida, saúde e dignidade. Desse modo, ao STF tem se exigido atitudes e posicionamentos, por meio de ADOs e MIs, mas também ADPFs, capazes de fazer cessar a truculência, porque o Poder Legislativo, como está, não agirá.

5. ANÁLISE DAS AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

5.1. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E O MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733: CONTEXTUALIZAÇÃO

O julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733 iniciou-se em 13 de fevereiro de 2019. A ação foi relatada pelo Ministro Celso de Mello e o remédio constitucional, pelo Ministro Edson Fachin.

À época, o Plenário da Suprema Corte era composto em sua integralidade, com as onze vagas ocupadas pelos seguintes membros: Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes. Todo o julgamento estendeu-se de fevereiro a julho de 2019, em três sessões.

A primeira sessão, dividida entre os dias 13 e 14 de fevereiro de 2019, dedicou-se à leitura dos relatórios de ambas as ações e em que foram iniciadas as sustentações orais. No relatório, o Ministro aduziu as diversas manifestações apresentadas; sintetizou o parecer favorável da Procuradoria Geral da República, bem como enumerou os pedidos contidos na ação, para decisão que, com eficácia geral e efeito vinculante:

(a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT+; (b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; (c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99; (d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e (e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento (BRASIL, 2019).

O primeiro a falar, representando o Partido Popular Socialista – PPS, autor da ADO nº 26, e a ABGLT, impetrante do MI nº 4733, foi o advogado Paulo Iotti que sintetizou a argumentação exposta nas ações e também argumentou que é possível hierarquizar opressões, assim, se outras opressões são penalizadas, a homotransfobia também deve ser.

Ademais, rememorou a manifestação anterior do STF acerca do enquadramento do antissemitismo como crime de discriminação "por raça", uma vez que, no entendimento da Corte, o racismo define-se como qualquer ideologia ou conduta que pregue a inferioridade de um grupo social relativamente a outro. Argumentou ainda que:

Sendo raça um conceito político-sociológico, então homofobia e transfobia são crimes de racismo. Se racismo é a interiorização de um grupo social relativamente a outro, como o STF já afirmou (no HC 82.424/RS), então homotransfobia é o crime de discriminação por raça. Não há analogia (*in malam partem*), portanto (IOTT, 2019).

A Advocacia Geral da União sustentou que as práticas de homotransfobia são condutas reprováveis tanto sob o viés político quanto moral, mas argumentou não haver inconstitucionalidade ou omissão, como já previamente manifestado na peça processual elaborada.

No mesmo sentido, o advogado do Senado Federal argumentou que “o estado democrático de direito não tolera e não admite os atos de violência contra vida de qualquer pessoa”. Entretanto, no seu entender, a “presente via se mostra inadequada para alcançar tal pretensão” (IBFAM, 2019). Esse também era o posicionamento da Câmara dos Deputados.

A Procuradoria Geral da República, seguindo o teor de sua manifestação nos autos, sustentou haver uma determinação, na Constituição, ao Estado brasileiro para a superação do preconceito, sobre o que afirmou: “O MP entende que é possível afirmar a Constituição numa linha que exija da sociedade a superação do preconceito e uma solução pacífica para a controvérsia” (IBFAM, 2019). Ainda reforçou o entendimento de que a homotransfobia é uma manifestação recorrente na sociedade brasileira que tolhe vidas de centenas todos os anos.

Fora as partes, houveram manifestações favoráveis e contrárias ao julgamento procedente da ação. A favor falaram grupos, institutos e associações ligadas aos temas da comunidade

LGBT+ que enfatizaram a violência, o estigma e a indisposição legislativa para tratar do tema; contra falaram a Associação Nacional de Juristas Evangélicos e a Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida, defendendo o direito à liberdade religiosa e o princípio da reserva legal.

Os primeiros votos, dos relatores, foram dados no dia 14 de fevereiro, sendo estendidos ainda, para uma sessão em 23 de maio e, por fim, finalizado em 13 de junho de 2019, 15 dias antes do Dia Internacional do Orgulho LGBT+.

Em 23 de maio de 2019, prosseguido o julgamento conjunto da ADO nº 26 e MI °4733, após tentativas incôlumes do Congresso Nacional para paralisar o julgamento – o Senado Federal encaminhou notificação ao Ministro Celso de Mello informando a aprovação, pela Comissão de Constituição e Justiça – CCJ, de substitutivo do projeto de lei 672-19 que alteraria a Lei de Racismo para incluir o preconceito por orientação sexual e identidade de gênero, e do projeto 191/17, que altera a Lei Maria da Penha para incluir transexuais, em pífia tentativa de demonstrar que o Legislativo estava tratando do assunto – e a declaração da atual Ministra do Planejamento, Senadora Simone Tebet, que disse solicitar ao Presidente do Senado para que pedisse ao Supremo para que esperasse a decisão do STF.

Os Ministros não titubearam, votaram por prosseguir o julgamento das ações. O próprio Ministro Celso de Mello adiantou: “mesmo que eventualmente aprovado pela Câmara ou pelo Senado, ainda precisa ser aprovado pela outra Casa e ser submetido ao presidente, e nada garante que o presidente o converterá em lei” (BARIFOUSE, 2019). Fizeram bem. Ambos os projetos encontram-se arquivados¹⁶.

Na sequência, proferidos os votos, a favor da ação, dos Ministros Rosa Weber e Luiz Fux, a Ministra Carmen Lúcia sintetizou: “o Estado legislador recebeu uma ordem constitucional de punir toda forma de preconceito. A quantas anda isso 30 anos depois? O Estado juiz é agora chamado e vai se omitir também?” (BARIFOUSE, 2019).

Essa pequena narração demonstra: a atuação do STF estava ciente dos efeitos de sua decisão, de modo que não se procurou usurpar as funções do Legislador, mas fazer a

¹⁶ De acordo, com o site do Senado Federa, o PLS nº 672/19 foi arquivado em 28.06.2021 e o PLS 191/2017 foi arquivado em 21.12.2022.

Constituição da República, para que a Carta Magna, não seja, como disse a Ministra Carmen Lúcia, “mera pilha de papel”.

5.2. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26: O VOTO CONDUTOR

O Exmo. sr. Ministro Celso de Mello inicia seu voto na ADO nº 26, que, conjuntamente ao MI nº 4733, criminalizou a homotransfobia deste modo notório:

Sei que, em razão de meu voto e de minha conhecida posição em defesa dos direitos das minorias (que compõem os denominados “grupos vulneráveis”), serei inevitavelmente incluído no “Index” mantido pelos cultores da intolerância cujas mentes sombrias – que rejeitam o pensamento crítico, que repudiam o direito ao dissenso, que ignoram o sentido democrático da alteridade e do pluralismo de ideias, que se apresentam como corifeus e epígonos de sectárias doutrinas fundamentalistas – desconhecem a importância do convívio harmonioso e respeitoso entre visões de mundo antagônicas!!!! Muito mais importante, no entanto, do que atitudes preconceituosas e discriminatórias, tão lesivas quanto atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais de qualquer pessoa, independentemente de suas convicções, orientação sexual e percepção em torno de sua identidade de gênero, é a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe fazer prevalecer, sempre, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República.

Em seguida, pôs-se a tecer limitações e conceituações teóricas. Iniciou pelas elucidações sobre o termo LGBT+, a fim de definir pessoas com orientações sexuais e identidades de gênero que diferem da cisgênera heterossexual, sem excluir outras siglas que representam diversas identidades sexuais e de gênero.

Adicionalmente, foi enfatizado o fato de que as diversas manifestações da diversidade sexual humana refletem um aspecto central e estrutural da identidade de cada indivíduo, compreendendo um amplo conceito que abarca as noções de sexo, gênero e sexualidade. Segue explicando e diferenciando o que se conceituam como questões de gênero e sexualidade, de modo que tratou dos temas da transexualidade e orientação sexual.

Finaliza o recorte conceitual de seu voto salientando que a orientação sexual e gênero são aspectos estruturantes da vida humana, perfazendo a personalidade humana. Tal constatação vincula-se aos aspectos antes tratados acerca da dignidade da pessoa humana.

Ao iniciar as tratativas sobre o mérito da ação, o Ministro enfatizou que, conforme os Princípios de Yogyakarta (2006), é estabelecido que todos os seres humanos gozam de

liberdade e igualdade em dignidade e direitos, sublinhando a conexão intrínseca e indivisível de todos os elementos da identidade humana, abrangendo aspectos relacionados à orientação sexual e à identidade de gênero.

Adicionalmente, a fim de demonstrar a grave violação aos direitos humanos, enumerou importantes constatações sobre as perseguições e represálias sofridas pela comunidade LGBTQ+ ao longo da história; destacou a perpetuidade até a atualidade de práticas sociais preconceituosas que excluem e são discriminatórias direcionadas a esse segmento da população.

Ainda, asseverou: “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual ou, ainda, em razão de sua identidade de gênero.” (BRASIL, 2019). Destacou ainda a que existe uma latente incompatibilidade do Estado de Democrático de Direito, plural, não deve estabelecer normas de caráter discriminatório, capazes de conduzir à exclusão de grupos sociais (BRASIL, 2019); acresça-se aqui que, tanto a omissão ou ação legislativa são capazes de conduzir segmentos da sociedade à exclusão.

Na sequência, rejeita dois pedidos presentes na ação proposta. O primeiro, para indenização, do Estado, para vítimas de homotransfobia, sob o fundamento de que: “em ações constitucionais de perfil objetivo, não se discutem situações individuais ou interesses subjetivos” (BRASIL, 2019); o que se alinha com as funções desses instrumentos de controle de constitucionalidade. O segundo, refere-se à tese da “função legislativa atípica” (BRASIL, 2019), supostamente atribuída ao Poder Judiciário para que sobrepor a omissão constitucional, o Relator rechaçou essa hipótese por entender que “em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal.”(BRASIL, 2019).

Avançando à inconstitucionalidade por omissão, argumenta que a Constituição impõe os mandamentos de criminalização e determina sim uma proteção a todas as diversidades, inclusive à comunidade LGBTQ+. A esse respeito salienta que a CRFB é dotada de bases impositivas claras de punição penal e, que os incisos XLI e XLII do art. 5º, consubstanciam, inequivocamente, mandados de incriminação que determinam a punição de qualquer

discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais e o crime da prática de racismo¹⁷ (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, afirma haver um nexo de causalidade entre a determinação à atividade legiferante a inércia estatal, do Poder Legislativo, o que justificaria a declaração de inconstitucionalidade por omissão. A esse respeito enfatizou os mandados de criminalização, que de segundo a doutrina de Luciano Feldens e com precedentes do STF, possuem a função de tornar efetivo o dever do Estado de prestação normativa em matéria penal para proteção da integridade de direitos e liberdade fundamentais contra injustas agressões de terceiros. (BRASIL, 2019)

Mais adiante, pontuando precedente da Corte – o HC 104.410/RS relatado pelo Min. Gilmar Mendes – a fim reforçar que comandos contidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição são imperativos ao Poder Legislativo para a elaboração de legislações punitivas. Ademais, salientou que os mandados de criminalização são mecanismos de proteção de direitos fundamentais, de modo que quando os incisos XLI do art.5º dispõe que a lei punirá discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, se refere efetivamente a punição penal e não meramente responsabilidade civil. Ainda apontou, sutilmente, a questão da equiparação da homofobia ao racismo, cerne da ação e possibilitada pelo precedente do HC 82.424 RS (BRASIL, 2019).

Encorpando ainda mais os seus motivos decisórios, traz os ensinamentos de Luiz Carlos Santos Gonçalves, segundo os quais a proibição do racismo e sua criminalização versam igualmente sobre o direito fundamental à igualdade e à dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2019).

Por fim, sustentando-se na supremacia da Constituição, admite que a ação direta por omissão é um instrumento de “reação jurisdicional autorizada pela Carta Política” posto a impedir o desprestígio da própria Constituição, quando se considera as consequências lesivas decorrentes da ausência de regulamentação normativa em função de omissão ou “prolongada inércia” do Poder Público (BRASIL, 2019).

¹⁷ A esse respeito, em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como uma forma de discriminação de grupos sociais pela maioria da sociedade, reduzindo os grupos oprimidos e tolhendo-lhes da oportunidade de uma vida plena em sociedade

Diante de todas essas constatações, declarou a inconstitucionalidade da mora legislativa em criminalizar as práticas de homotransfobia, seja pela ordem constitucional de punir criminalmente toda discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), seja pela determinação da CRFB para punir criminalmente todas as formas de racismo (art. 5º, XLII).

Adiante, baseando-se em jurisprudência brasileira e alemã, o Ministro reconhece haver a possibilidade do controle da atividade legislativa em direito penal, com observância à proibição de proteção insuficiente, devendo a intervenção estatal por meio do direito penal (mesmo como *ultima ratio*) ser direcionada pelo princípio da proporcionalidade, ou seja, pelo princípio da reserva legal proporcional.

Nesse sentido, haveria a possibilidade de que o STF realizasse um controle da atividade legislativa, até mesmo em matéria penal, a fim de cumprir os mandamentos constitucionais. Assim, apontou que o art. 103, §2º da CRFB, ao instituir a ADO, permite ao a cientificação do Congresso Nacional acerca de seu estado de mora. A esse respeito, frisa que o Supremo Tribunal Federal, nos últimos trinta anos de sua jurisprudência, evoluiu em sua compreensão sobre o controle de omissão inconstitucional e na definição de “prazo razoável” como parâmetro de ordem temporal e, em crítica ao Congresso Nacional, como que reconhecendo o estado das coisas no prédio ao lado, frisa que o “mero apelo ao legislador” não demonstra-se como solução eficaz, resultando, na verdade, em inócua e objeto de insensata, protelatória e abusiva desconsideração do Poder Legislativo federal, que permanece negligente no cumprimento dos mandamentos constitucionais de legislar (BRASIL, 2019).

Por esse motivo, o Relator ainda adverte que se o posicionamento do Legislativo, após ciência da omissão declarada pelo Supremo Tribunal Federal, deixasse de adotar as providências cabíveis no prazo estabelecido, legitimaria a atuação do STF na formulação de uma solução jurisdicional capaz de viabilizar a aplicação de norma constitucional de eficácia limitada depreendida dos referidos incisos do art. 5º da CRFB.

Vale salientar que, mesmo que o posicionamento anterior do Ministro Relator fosse para a fixação de um prazo de 12 meses para que o Congresso Nacional aprovasse lei para criminalização da homotransfobia, conforme requerido na ação, tal prazo não foi fixado.

Não se pode deixar de imaginar que, possivelmente, a decisão para o abandono da fixação de prazo, não foi mero deslize procedimental na elaboração do acórdão pelo Supremo Tribunal Federal; possivelmente foi uma atitude deliberada da Corte a fim de evitar que o Congresso votasse lei, em resposta à decisão do STF, em momento que ocupava o Planalto Jair Bolsonaro que, por certo, vetaria o projeto de lei e mais: o Congresso não derrubaria o veto, enterrando por ainda mais tempo a criminalização da homotransfobia no Brasil.

Ao tratar da orientação social de racismo, conforme definida no Caso Ellwanger¹⁸, para efeito de configuração típica das condutas descritas na Lei nº 7.716/89, enfatiza a existência de uma identidade fundamental entre a homotransfobia e o racismo/discriminação racial do que resulta de uma motivação orientada pelo preconceito, na finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação ao acesso de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público, quanto na esfera privada (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, no entendimento do Ministro-Relator, a discriminação racial não se restringe somente ao conceito antropológico e biológico, mas, na verdade, abrange conceito abrangente que abarca dimensões culturais e sociológicas, “inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.” (BRASIL, 2019).

Citando Bobbio, assevera que os inaceitáveis fundamentos ideológicos do racismo objetivam a discriminação contra a igualdade e a exclusão sociais, mediante atitudes de intolerância que atentam contra a igualdade e a dignidade humana, fomentando ódio e divisões sociais. (BRASIL, 2019).

Na conclusão de seu voto, o Ministro-Relator destaca que sua decisão, ao lidar com a interpretação judicial dos termos claramente definidos na lei (no que diz respeito ao racismo) e na Constituição (especialmente no que se refere ao repúdio e repressão de todas as formas de discriminação), não implica em qualquer analogia in malam partem, muito menos na criação de uma nova lei penal pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, é importante ressaltar que

¹⁸ Trata-se do julgamento do HC 82.424 RS pela Corte.

a decisão está em total conformidade com os princípios da reserva legal e a necessária separação dos Poderes.

O Ministro também enfatiza que o papel do STF se limita à mera aplicação, às condutas de homotransfobia, da Lei de Racismo, uma vez que a homotransfobia é considerada como uma forma de racismo social. Como resultado, o Ministro reafirma que não é apropriado qualificar a sentença como um ato aditivo ao provimento jurídico sob consideração, como alegado pelo Senado Federal. Além disso, ele destaca que um dos requisitos essenciais para a aplicação de uma sentença aditiva seria a impossibilidade de resolver o conflito através do método de interpretação conforme à Constituição, que, no caso em análise, foi justamente o método utilizado para a resolução da questão (BRASIL, 2019).

5.3. O MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733: O VOTO CONDUTOR

O Ministro Relator Edson Fachin, inicia seu voto no MI nº 4733 que equiparou as práticas de homotransfobia com aquelas de racismo, sintetizando as seguintes premissas:

Primeira: É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero.

Segunda: O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual.

Terceira: À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, deduz-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandato constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Quarta: A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe.

Quinta: A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. (BRASIL 2, 2019)

Em matéria procedimental, reconhece o âmbito nacional da impetrante, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, bem como a competência para julgamento no Supremo, uma vez que a matéria penal é de competência legislativa da União Federal, logo do Congresso Nacional.

No mesmo sentido, reconhece a possibilidade da impetração de mandado de injunção uma vez que: “como se sabe, a jurisprudência deste Tribunal tem advertido que o cabimento do mandado injunção só pode ocorrer quando, simultaneamente à previsão do direito à legislação no próprio texto constitucional, houver a imposição do dever estatal de legislar” (BRASIL 2, 2019).

Por esse motivo, reconhece que: “é possível depreender o direito à legislação e o dever estatal de legislar do disposto no art. 5º, XLI, da CRFB, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL 2, 2019).

Logo em seguida, reconhecendo as diversas violações sofridas pela comunidade LGBT, como aduzidas também pelo Ministro Celso de Mello em seu voto na ADO nº 26, reconhece grave quadro de violações e assevera que não poderia esperar que o Congresso Nacional apreciasse as omissões que lhe eram imputadas, uma vez observada a perpetuidade das omissões. Nesse ponto, chama a atenção para o fato de que a Constituição não pode deixar de ser cumprida por nenhuma instituição (BRASIL 2, 2019).

Ademais, quanto ao mérito, aduz:

é procedente o presente mandado de injunção, pois o direito constante do art. 5º, XLI, da CRFB **efetivamente contém um mandado de criminalização contra a discriminação homofóbica e transfóbica, ordem que, ante a mora do Congresso Nacional, comporta, até que seja suprida, colmatação por este Supremo Tribunal Federal**, por meio de interpretação conforme da legislação de combate à discriminação. (BRASIL 2, 2019) (grifos meus)

E mais: frisa que é atentatória ao Estado de Democrático de Direito, qualquer conduta de discriminação (BRASIL 2, 2019).

Reconhece, mais adiante, em conformidade com a jurisprudência do Supremo, que o direito penal é o instrumento adequado para a proteção de bens jurídicos expressamente indicados pelo texto constitucional (BRASIL 2, 2019). A esse respeito, relembra os ensinamentos de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves acerca da expectativa do Poder Constituinte

Originário de que o Legislador ordinário cumprisse as diversas ordens de criminalização presentes no texto constitucional¹⁹.

Ainda, trata da necessária proteção as diversidades sexuais, mencionando entendimentos da ONU, Princípios de Yogyakarta e doutrina especializada. Também, reconhece que existe uma determinação na Constituição para a criminalização de todas as formas de discriminação, bem como reconheceu que o Congresso Nacional tem produzido legislações antidiscriminatórias que, contudo, não abarcam a comunidade LGBTQ+ (BRASIL 2, 2019).

Além disso, frisa o caráter basilar e fundamental da dignidade humana quando afirma:

Frise-se que a dignidade da pessoa humana é elemento ínsito, constitutivo do sujeito; vale dizer, é o reconhecimento do seu próprio valor moral, idêntico ao valor moral das demais pessoas. O princípio da dignidade da pessoa humana busca, assim, proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. O princípio é, portanto, uma imposição obrigativa no presente, mas também sempre um norte futuro, um vetor interpretativo. Sua aplicação, porém, não pode inibir ou ofuscar a aplicação direta de outros direitos fundamentais que dele derivam. (BRASIL 2, 2019)

Por fim, ao tratar da omissão legislativa em criminalizar as práticas de homotransfobia, reconheceu que o Supremo já havia se posicionado no sentido de que o Poder Judiciário poderia atuar nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo (BRASIL 2, 2019), de maneira que já seria legítima o preenchimento da referida lacuna legislativa pelo STF, especialmente em decorrência da Lei nº 13.300/16.

Adicionalmente, reconhece haver uma especificidade no caso, tendo em vista a violação ao princípio, também, da igualdade, uma vez que condutas de discriminação de raça, cor, etnia,

¹⁹ A esse respeito, o doutrinador, elucida que: “Nossa Constituição Federal de 1988 traz como peculiaridade a quantidade de ordens de criminalização que lançou, à espera do adimplemento pelo legislador ordinário. Elas não podem ser ignoradas, nem a omissão em cumpri-las pode ser justificada por orientações de política criminal. Não é possível acatar a Constituição quando ela está na conformidade de nossas inclinações filosóficas ou ideológicas e relegá-las à letra morta quando não está. Uma leitura de matiz liberal, forte na proteção da liberdade individual contra o Estado, já não é capaz de revelar a complexidade da estruturação constitucional que protege também direitos fundamentais de outra natureza. E corre o risco de padecer de desproporcionalidade, por sua insuficiência na proteção de direitos que já não admitem a bipolaridade “Estado versus indivíduo”. A experiência e doutrina estrangeiras, fortes na conceituação de mandados implícitos de criminalização, oferecem iluminação parcial para o estudo do fenômeno dos mandados expressos. A compreensão destes demandou análise da evolução constitucional brasileira, das leis que procuram atender às ordens constitucionais e da jurisprudência de nosso tribuna máximo, o Supremo Tribunal Federal”. (GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 305-306).

religião ou procedência nacional estavam sendo punidas pela lei, mas condutas igualmente reprováveis, consubstanciadoras da homotransfobia, não estavam tipificadas.

Assim, o Ministro Relator, julgou procedente a ação de modo a (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

5.4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E O MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733: VOTOS DOS DEMAIS MINISTROS

Os votos condutores foram seguidos pela maioria dos demais Ministros, tanto quanto ao reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional quanto para o enquadramento da homotransfobia no tipo penal previsto na Lei de Racismo. Ficaram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que entendiam que somente por meio de lei aprovada pelo Congresso Nacional poderia uma conduta ser tipificada como crime; além do Ministro Marco Aurélio que não reconheceu a mora de 30 anos do Congresso Nacional e, tampouco, reconheceu a possibilidade de comutação da mora pelo STF.

O Ministro Alexandre de Moraes entendeu que incontestavelmente as práticas de homotransfobia apresentavam discriminações violadoras dos direitos e liberdades fundamentais, razão pela qual haveria uma violação ao art. 5º, XLI da CRFB. Sabiamente acresceu, ainda que nas últimas três décadas, o Congresso Nacional estabeleceu um padrão de proteção ao promulgar leis penais que criminalizam e tipificam de maneira específica todas as violações dos direitos e das liberdades fundamentais de grupos historicamente em situação de vulnerabilidade. Desse modo, a exclusão da comunidade LGBTQ+ pelo Congresso Nacional não possui uma base lógica sólida, além de que tal exclusão seria considerada inconstitucional, violando o princípio fundamental da igualdade perante a lei. (BRASIL, 2019).

A Ministra Carmen Lúcia, no mesmo sentido, acompanhou o Ministro Celso de Mello em seu voto condutor, votando pela procedência dos pedidos. Ainda, considerando a práxis, observou que inércia do Poder Legislativo brasileiro em sua omissão inconstitucional é ainda mais perceptível, após tantas mortes, ódio e incitação contra homossexuais. Em seu entender, a

singularidade humana não poderia ser motivo para a desigualdade de dignidades e direitos, e, ademais, a discriminação contra uma pessoa atinge igualmente toda a sociedade. “A tutela dos direitos fundamentais há de ser plena, para que a Constituição não se torne mera folha de papel” (PORTAL DE NOTÍCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019), finalizou.

Ao proferir seu voto, o Min. Gilmar Mendes acompanhou a maioria dos votos pela procedência das ações. Adicionalmente, identificou haver uma inércia do Congresso Nacional para elaboração de legislação apta a cumprir o mandamento constitucional, entendeu que a interpretação apresentada pelos relatores, de que a Lei do Racismo pode alcançar os integrantes da comunidade LGBTQ+ é compatível com a Constituição Federal. Ainda, lembrou que a criminalização da homofobia é necessária em razão dos diversos atos discriminatórios nem sempre verbais, tendo em vista casos de homicídios, agressões e ameaças praticadas contra homossexuais; ao fim a matéria envolve a proteção constitucional das liberdades e dos direitos fundamentais das minorias (BRASIL, 2019).

O Ministro Ricardo Lewandowski, apesar de reconhecer a mora legislativa, bem como a necessária notificação ao Congresso Nacional, a fim de que seja produzida lei sobre o tema, não reconheceu a possibilidade enquadrar a homotransfobia na Lei do Racismo. Em seu entendimento o princípio da reserva legal, tornava indispensável que lei determine a punição penal de determinada conduta, que constitui uma garantia fundamental dos cidadãos na promoção da segurança jurídica, razão pela qual não se poderia estender a Lei do Racismo para abarcar uma conduta que não estaria nela expressamente determinada. (PORTAL DE NOTÍCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019)

Ao votar, o Min. Marco Aurélio considerou que o Mandado de Injunção não era o meio adequado para o exame da matéria posta ao Supremo Tribunal, uma vez que se tratava de matéria penal. Por outro lado, julgou parcialmente procedente a ADO, mesmo não reconhecendo a omissão legislativa quanto à criminalização específica da homotransfobia. Em seu entender, a Lei do Racismo não pode ser ampliada em razão da taxatividade dos delitos expressamente nela previstos – alinhando-se, portanto, ao Ministro Ricardo Lewandowski. Por fim, considerou que a notificação pelo Supremo para a necessária proteção das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis, contribuiria, por si só, para uma cultura livre de todo e qualquer preconceito e discriminação, sendo preservados os limites da separação dos Poderes e da

reserva legal penal (PORTAL DE NOTÍCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019). Uma constatação sobremaneira descolada da realidade brasileira.

Por fim, o Ministro Dias Toffoli, acompanhando o entendimento de Lewandowski, votou pela parcial procedência dos pedidos. Ainda, ressaltou que, apesar da divergência na conclusão, todos os votos proferidos repudiam a discriminação, o ódio, o preconceito e a violência por razões de orientação sexual e identidade de gênero. Em seu entendimento, o julgamento dá efetividade ao artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, segundo o qual é objetivo da República é promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (PORTAL DE NOTÍCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou os fenômenos da judicialização da política, do ativismo judicial e suas bases nos princípios da efetividade máxima da Constituição, no neoconstitucionalismo e, especialmente, suas justificativas face a realidade legislativa brasileira.

Mais: demonstrou-se a inaptidão do Poder Legislativo para a concretização de iniciativas da comunidade LGBTQ+. Provou-se como a situação atual da comunidade LGBTQ+ viola os mandamentos da Constituição e os preceitos básicos do Estado Democrático. Falou-se do preconceito e de como ele está ligada intrinsecamente à omissão legislativa. Adicionalmente, foi demonstrado que o Poder Legislativo brasileiro se recusa a votar a criminalização da homotransfobia.

Por fim, demonstrou-se como todas essas coisas convergiram na criminalização da homotransfobia via decisão judicial do STF. Não foi discutida a legitimidade das ações do STF porque a Constituição dá à Corte Suprema a prerrogativa de fazer valer o texto constitucional, bem como a todo o Judiciário a guarda dos direitos e, para além, garante ao STF a possibilidade de suplementar a atividade legislativa quando o Poder Legislativo não atua para tornar fruível um direito plasmado na CRFB. A decisão do Supremo é legítima sob qualquer parâmetro.

Este trabalho objetivou estudar as circunstâncias da práxis que levaram a Corte a tomar a decisão que tomou, observando o direito como expressão e extensão de uma sociedade, uma ciência verdadeiramente social.

A escolha dos julgamentos das ações anteriormente sintetizadas demonstra que o Supremo Tribunal Federal não objetiva imiscuir-se na atividade legislativa, muito menos fazer legislação penal – na criação de um tipo penal – desrespeitando a reserva legal. É bastante evidente que os Ministros que votaram favoravelmente à procedência das ações objetivavam **(i)** fazer valer a proteção, extensa, aos direitos humanos e à dignidade humana; **(ii)** fazer valer a vontade do Poder Constituinte originário brasileiro e **(iii)** sanar uma omissão legislativa que tornava a realidade de uma minoria bastante sofrível. Por fim, como disse a Ministra Carmen Lucia, foi fazer o Estado cumprir seu papel, mesmo que fosse o Estado-juiz.

Tanto assim que os principais motivos para o julgamento procedente da ADO nº 26 no Supremo, baseia-se na compreensão sobre os mandados de criminalização presente no inciso XLI do art. 5º da Constituição, como aquele expresso no inciso XLII do mesmo artigo. De fato, é inegável que impõem ao Congresso Nacional a edição de legislação incriminadora de atos que se caracterizem como comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais, para que se viabilize em favor das vítimas de homotransfobia a necessária, completa e adequada proteção de índole penal.

Também os julgadores trouxeram à baila a realidade brasileira. Provaram que as omissões legislativas impediam a dignidade não somente em um aspecto conceitual: a homotransfobia tira vidas, cerceia a existência e torna a vida indigna. O estado atual das coisas não poderia mais prosseguir.

Além disso, os procedimentos estabelecidos no Mandado de Injunção e na Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, permitem ao Supremo Tribunal Federal a análise dos fatos ocorridos no âmbito do Legislativo para constatação da mora inconstitucional e estabelece a via da interpretação conforme como possibilidade para colmatação de lacunas inconstitucionais.

Ademais, no que tange às críticas relativas aos limites da técnica de interpretação e extensão do conteúdo da norma, percebe-se que as críticas atuais ao processo de criminalização da homofobia não aconteceram à época da decisão do Caso Ellwanger, mesmo que na ocasião a Corte tenha usado do mesmo modelo de interpretação e conceituação de modo, inclusive, que permitiu ao Caso Ellwanger servir de precedente à decisão do STF quanto à criminalização da homotransfobia.

Não se pode ignorar que, na verdade, as origens das críticas à decisão do Supremo ligam-se muito mais aos preconceitos da sociedade brasileira e do Poder Legislativo do que propriamente a uma eventual proteção a separação dos Poderes da República. O ódio fomentado por muitos grupos verdadeiramente terroristas gostaria de permanecer inimputável.

Atualmente, ainda reverberam os desdobramentos da criminalização da prática da homotransfobia. Neste ano, o STF julgou os embargos de declaração oposto pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos - ABGLT) no âmbito do Mandado de Injunção nº 4733, a fim de que a Corte esclarecesse que a prática de homotransfobia, como forma de crime de racismo, também abrangeria o crime de injúria racial (PORTAL DE NOTÍCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1, 2023).

A intenção da associação era evitar que parte do efeito da decisão do Supremo fosse perdida uma vez que eventuais decisões judiciais que entendessem que a ofensa à honra de pessoas pertencentes a comunidade LGBTQ+ não configurariam o crime de injúria racial.

De fato, a efetiva aplicação da Lei do Racismo às condutas homotransfóbicas ainda perpassará por percalços, uma vez que a Lei nº 7.716/1989 ainda apresenta difícil aplicação no Brasil, até mesmo quando se está diante de crimes propriamente raciais, em sua conceituação tradicional - biológica. Serão necessários protocolos, a conscientização de julgadores, delegados e policiais a fim de garantir que essa importante decisão judicial não encontre aplicabilidade ampla e irrestrita na sociedade brasileira, muito provavelmente aos moldes do que ocorreu com a constituição de união estável por casais homoafetivos.

Ademais, a criminalização das práticas que configuram a homotransfobia ocorreu em momento bastante turbulento da história brasileira. Foi no ápice da extrema direita no governo do Brasil, exemplificada no primeiro ano do governo Bolsonaro em que fundamentalistas religiosos empossaram-se em Secretarias, Ministérios e órgãos das administrações pública direta e indireta.

Entretanto, ações tem sido tomadas. Paulo Iotti, em entrevista ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM, 2023) em matéria comemorativa dos quatro anos da criminalização da homotransfobia afirma:

Temos visto vários processos sendo movidos por Ministérios Públicos diversos e condenações por crimes de racismo homotransfóbico. Ainda há resistências, mas diria que o balanço é positivo, pois a decisão entrou no inconsciente coletivo da comunidade jurídica, que agora sabe que se um discurso ou uma discriminação for considerado(a) homotransfóbico(a), haverá caracterização de crime. Isso é importante. (IBDFAM, 2023)

Assim, mesmo que integrantes da Justiça estejam movimentando-se, ainda é bastante preocupante que tanto o Executivo quanto o Legislativo ainda não tenham tomado decisões ou passos a fim de somar-se ao posicionamento do Judiciário. A solução para o preconceito que aflige a comunidade LGBTQ+ perpassará por ações conjuntas de todo o Estado; o que é verdade para o fim de todos os preconceitos.

Por fim, não se pode ignorar, sem prejuízo de tudo o que foi dito, que a decisão do STF é isto: uma decisão judicial. Como se sabe, as decisões do Supremo, em controle de constitucionalidade, não vinculam o Plenário da Corte e nem os Plenários do Congresso. Em novas composições, o Supremo poderá revogar sua decisão, “decriminalizar” a homotransfobia é relativamente fácil no Brasil do século XXI. Mais ainda, o próprio Congresso Nacional poderia encontrar meios para tornar legais algumas práticas factualmente homotransbólicas como, por exemplo, a cura gay. A capacidade humana para a perversidade não deve jamais ser subestimada.

Da data do julgamento até hoje, três novos Ministros foram empossados; desses, dois são alinhados com os posicionamentos da extrema direita. Some-se isso ao fato que muitos dos que à época votaram deverão aposentar-se nos próximos anos e serão, invariavelmente, indicados pelo atual presidente Lula e quem vier a sucedê-lo. Ainda, para um *overruling* em controle de constitucionalidade basta o voto de 2/3 do Plenário do Supremo, ou seja, 8 Ministros.

Não é impossível imaginar que no futuro, diante de uma nova ação, sob os certos – ou feitos certos – argumentos jurídicos, a Corte descriminalize a prática da homotransfobia.

É preciso se estar vigilante. A democracia impõe reveses e, mais ainda, sob o atual estado das coisas, com a expansão do fundamentalismo religioso, o conservadorismo da extrema direita, a ignorância e as fake news; tudo isso e mais representam ameaças constantes.

A comunidade LGBTQ+ precisa manter-se organizada, alinhada em nossas bases e cerrada nos *fronts* de nossas batalhas; mais vozes deverão unir-se às de Erika e Duda. Somente por meio da luta constante e da vigilância incansável avançaremos.

REFERÊNCIAS

COMISSÃO aprova projeto que proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Agência Câmara de Notícias. Brasília. 10 de outubro de 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1006272-comissao-aprova-projeto-que-proibe-o-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo/>. Acesso em 16 de out. 2023.

BARIFOUSE, Rafael. STF aprova a criminalização da homofobia. **BCC News Brasil**. São Paulo, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924#:~:text=O%20PL%205003%20foi%20aprovado,sexual%20e%20identidade%20de%20gênero>. Acesso em 17 de out. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD, [S. l.], n. 21, 2012. DOI: 10.12957/rfd.2012.1794. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Suffragium* - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BENEVIDES, Bruna G. **Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022**. ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) – Brasília, DF: Distrito Drag; ANTRA, 2023. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2023/01/dossieantra2023.pdf>. Acesso em 16 de set. 2023.

BOEHM, Camila. Deputados pedem apuração da morte de Karol Eller e da "cura gay". **Agência Brasil**. São Paulo. 18 de outubro de 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-10/deputados-pedem-apuracao-da-morte-de-karol-eller-e-da-cura-gay>. Acesso em 31 de out. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 de out. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5003**, de 7 de agosto de 2001. Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>. Acesso em 04 de nov. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 197**, de 3 de junho de 2017. Altera a redação do art. 2º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha –, para assegurar à mulher as oportunidades e facilidades para viver sem violência, independentemente de sua identidade de gênero.. Brasília: Senado Federal, 1997. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129598>

e <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135191>. Acesso em 04 de nov. de 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 52**, de 3 de abril de 1997. Define os crimes de prática de racismo e discriminação. Brasília: Senado Federal, 1997. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/25942>. Acesso em: 04 de nov. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26**. Autor: Partido Popular Socialista - PPS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em 04 de nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Direito das pessoas LGBTQQIAP+** [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – Brasília : STF : CNJ, 2022. eBook (138 p.) – (Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal : concretizando direitos humanos). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/12/cadernos-stf-lgbtqia-3.pdf>. Acesso em 17 de out. 2023.

BRASIL 2. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733/DF**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros ABGLT. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em 04 de nov. 2023.

CÉSAR, Caio. Pastor bolsonarista André Valadao diz que evangélicos deveriam matar LGBTs. **Carta Capital**. Brasil. 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/pastor-bolsonarista-andre-valadao-diz-que-evangelicos-deveriam-matar-lgbts/>. Acesso em 15 de set. 2023.

CRIMINALIZAÇÃO da homotransfobia pelo STF completa dois anos. **IDFAM**. Brasil, 14 de junho de 2021. Disponível em <https://ibdfam.org.br/noticias/8580/Criminalização+da+homotransfobia+pelo+STF+completa+dois+anos>. Acesso em 17 de out. 2023.

MÊS DO ORGULHO LGBTQIA+: STF criminalizou a homotransfobia há quatro anos. **IDFAM**. Brasil, 7 de junho de 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/10860/M%C3%AAs+do+Orgulho+LGBTQIA%2B%3A+STF+criminalizou+a+homotransfobia+h%C3%A1+quatro+anos>. Acesso em 17 de out. 2023.

DIAS, M. B. Estatuto da diversidade sexual – Uma lei por iniciativa popular. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 7, p. 97–119, 2012. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/59>. Acesso em: 11 nov. 2023.

DOSSIÊ denuncia 273 mortes e violências de pessoas LGBT em 2022. **Observatório de Mortes e Violências LGBTI+ no Brasil**. Brasil. 8 de maio de 2023. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/>. Acesso em 19 de set. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério** / Ronald Dworkin ; tradução e notas Nelson Boeira. - São Paulo : Martins Fontes, 2002. - (Justiça e direito).

EDITORA TODAS AS MUSAS. **Sustentação oral - julgamento da ADO 26 e do MI 4733** - Dr. Paulo Iotti. YouTube. 20 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-sBMf1EsVRM>. Acesso em 04 de novembro de 2023.

O QUE Bolsonaro já disse de fato sobre mulheres, negros e gays. El País. Brasil. 07 de outubro de 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/06/politica/1538859277_033603.html. Acesso em 17 de outubro de 2023.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e o Direito Penal: A Constituição Penal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. E-book: posição 719.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **O Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito Penal: Avanços e Desafios**. Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado, [s.i.], v. 1, n. 1, p. 118-141, maio 2017. Disponível em <https://periodicos.ufjf.br/index.php/rdcic/article/view/24823> Acesso em 17 de out. 2023.

IOTTI, Paulo Roberto. **Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo: a eficácia jurídica das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização**. 2. ed. Bauru: Spessotto, 2019.

IOTTI, Paulo Roberto. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. - 2. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2012.

LIMA, José Wilson Ferreira. **Limites constitucionais à produção legislativa do direito penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade estudos de direito constitucional (Série EDB)**. - 4. ed. rev. e ampl. - São Paulo : Saraiva, 2012.

ACONTECE, ANTRA, ABGLT. **Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil: Dossiê 2022** / Acontece Arte e Política LGBTI+; ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais); ABGLT (Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos). – Florianópolis, SC: Acontece, ANTRA, ABGLT, 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Sexual Health, Human Rights and Law**. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789241564984>. Acesso em 17 de out. 2023.

STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. **Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal**. Brasília. 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em 04 de novembro de 2023.

STF equipara ofensas contra pessoas LGBTQIAPN+ a crime de injúria racial. **PORTAL DE Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal** 128 de agosto de 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512663&ori=1>>. Acesso em 04 de novembro de 2023.

Princípios de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tradução Jones de Freitas. jul. 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 17 de out. 2023.

Erika Hilton lança Frente Parlamentar LGBTI+ do Congresso Nacional. **PSOL na Câmara. Brasil**. 22 de setembro de 2023. Disponível em: <https://psolnacamara.org.br/erika-hilton-lanca-frente-parlamentar-lgbti-do-congresso-nacional/>. Acesso em 17 de out. 2023.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009,

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, NEVES, Isadora Ferreira. As Influências do Neoconstitucionalismo nos Fenômenos do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política no Brasil. **Revista da SJRJ nº 39 – Execução Fiscal, Direito Tributário e Direito Financeiro**, v. 21, n. 39, p. 169-185, 2014. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrrj/artigo/influencias-do-neoconstitucionalismo-nos-fenomenos-do-ativismo-judicial-e-da>. Acesso em 17 de nov. 2023.

Transexualidade não é transtorno mental, oficializa OMS. **Conselho Federal de Psicologia. Brasil**. 25 de maio de 2019. Disponível em <https://site.cfp.org.br/transexualidade-nao-e-transtorno-mental-oficializa-oms/>. Acesso em 17 de out. 2023

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social-Revista de Sociologia da USP**, vol. 19, n. 2, pág. 39-41. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/Gm5Cm5Tv3br63xgNvJZX4wL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 20 de set. 2023.