



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

CARLA AUGUSTA DE SOUZA TEIXEIRA

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E
MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E
TRANSFOBIA, UM DIÁLOGO ENTRE OS MOVIMENTOS LGBT E O PODER
PÚBLICO**

**BRASÍLIA
2019**

CARLA AUGUSTA DE SOUZA TEIXEIRA

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E
MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E
TRANSFOBIA, UM DIÁLOGO ENTRE OS MOVIMENTOS LGBTQ E O PODER
PÚBLICO**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS) do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Dimitri Graco Lages Machado.

**BRASÍLIA
2019**

CARLA AUGUSTA DE SOUZA TEIXEIRA

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E
MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E
TRANSFOBIA, UM DIÁLOGO ENTRE OS MOVIMENTOS LGBTQI E O PODER
PÚBLICO**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS) do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

BRASÍLIA, DIA, MÊS 2019

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador Dimitri Graco Lages Machado

Professor(a) Avaliador(a)

Sumário: Introdução. – 1. 1. Judicialização da política e o Direito Achado na Rua. – 1.1. Judicialização da Política. – 1.2. Direito Achado na Rua. – 2. Contextualização do Movimento LGBT no Brasil, a demanda por criação de direitos e a criminalização da homofobia e transfobia. – 2.1. Base histórica do Movimento Social LGBT. – 2.2. Demanda por criação de direitos e a criminalização da homofobia e transfobia. – 3. Julgamento da Ação Direta De Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e Mandado de Injunção nº 4733 e a criminalização da homofobia e transfobia. – 3.1. Breve contextualização sobre o Modelo Brasileiro de Controle de Constitucionalidade – 3.2. Controle de Constitucionalidade exercido por meio das Ações Diretas de Constitucionalidade a Mandados de Injunção. – 3.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. – 3.4. Mandado de Injunção nº 4733 – 3.5. O julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão nº 26, o Mandado de Injunção nº 4733 e os votos proferidos. – 3.6. Voto dos Ministros no julgamento conjunto da Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733. – Considerações Finais

Resumo: O presente artigo é um estudo sobre o Movimento Social do grupo definido por de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT) e demais identidades de gênero. Para tanto, o movimento será analisado sob as perspectivas da Judicialização da Política e do Direito Achado na Rua, a fim de compreender e legitimar a busca por direitos civis e sociais do grupo marginalizado da sociedade brasileira – e mundial – atual. Para tanto, será feita breve análise histórica sobre o Movimento Homossexual do Brasil e, posteriormente, o estudo de caso objeto do artigo: a criminalização da homofobia no Brasil por meio de acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733.

Palavras-Chave: Direito Constitucional. Movimentos Sociais. Direito Achado na Rua. Judicialização da Política. Supremo Tribunal Federal. Controle Constitucional. LGBT. Homofobia. Transfobia. Direitos Fundamentais.

INTRODUÇÃO

O presente artigo, utilizado como requisito para a conclusão do curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, foi desenvolvido por meio de estudo de caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, ambas ações do Controle de Constitucionalidade concentrado, propostas perante o Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2012 e recentemente julgadas no primeiro semestre de 2019.

O tema aqui abordado foi escolhido diante da atualidade dos Movimentos Sociais em busca de direitos civis e sociais garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) para todos, sem distinção, em razão do Princípio Constitucional de Igualdade, entretanto, não aplicados na prática para muito grupos minoritários, sendo aqui analisado o grupo das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBTs).

Neste cenário, destaca-se o atual Movimento Homossexual, formado há aproximadamente 30 anos e com produção bibliográfica específica em construção. O movimento em estudo possui três fases, conhecidas por ondas. A primeira onda que caracteriza a fase de latência do Movimento Social, cujo marco temporal se dá até meados dos anos 1970; a segunda onda, que possui como caráter temporal o meio dos anos 1970 até meio dos anos 1980, que é conhecida pela “decadência” da busca por direitos homossexuais, em razão do estopim da doença do vírus HIV; e a terceira onda, que vai de meados dos anos 1980 até os dias atuais, conhecida pela busca incansável por garantias constitucionais e direitos fundamentais.

A partir dessas considerações, analisa-se o referido movimento por meio das correntes conhecidas por Judicialização da Política e do Direito Achado na Rua. A primeira que busca identificar o Poder Judiciário como parte ativa na garantia dos Direitos, Fundamentais e aplicados da CRFB/88, entretanto nada ingênuo em sua pauta e em seus julgamentos. A segunda, evidencia o papel protagonista dos sujeitos coletivos de direitos homossexuais na garantia e na ativa busca pelos Direitos Fundamentais elencados no Diploma Constitucional.

Diante disso, busca-se responder as seguintes perguntas: os Movimentos Sociais possuem papel fundamental na conquista e garantia de direitos estabelecidos pela Constituição Federal? Além disso, o julgamento da ADI nº26 e do MI nº 4733 foi resultado da pressão do Movimento Homossexual?

As respostas para tais questionamentos não são absolutas, mesmo porque o movimento em estudo está em constante crescimento e expansão, pois há de se levar em consideração a sua recente formação (de acordo com os registros acadêmicos), entretanto,

busca-se entender o Movimento Homossexual diante de sua grande complexidade de sujeitos e suas demandas, em especial a necessidade de diminuição da violência motivada pela descriminalização homotransfóbica – direcionada aos grupos de gays, lésbicas, transgênero, entre outros.

1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, DIREITO ACHADO NA RUA E ATIVISMO JUDICIAL

1.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Nos últimos anos, o Brasil vivencia a mudança de boa parte do poder político para os tribunais, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. De certa forma, pode-se dizer que “o crescimento da importância dos Tribunais se deu não só no sentido quantitativo, mas também no sentido de que cada vez mais estes se manifestam sobre questões políticas centrais para a sociedade, redesenhando os próprios papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário”¹. A situação descrita é conhecida como judicialização da política e “pode significar tanto a transferência das decisões do campo parlamentar ou executivo para as Cortes, como o aumento dos métodos judiciais de tomada de decisões para além dos tribunais”².

O fenômeno da judicialização é entendido como um escape para a sociedade, vez que parece confortável tanto para os cidadãos, quanto para os autores políticos fazerem uso do Poder Judiciário como fórum para enfrentamento das questões políticas centrais da sociedade como um todo. O autor Werneck Vianna³ entende que “o *boom* da litigação” é um fenômeno que atinge o mundo como um todo e que é um caminho natural para as democracias contemporâneas, sendo o principal motivo para isso o distanciamento entre os representantes e os representados, de modo que a representação por via da legislação é vista como saída e, como consequência, os assuntos políticos são transferidos das esferas políticas para o Poder Judiciário.

Essa mudança de titular gera, de certa forma, uma fluidez entre as funções dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, causando a referida judicialização. De acordo com

¹ KOZICKI, Katia e QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da Política e controle judicial de políticas públicas. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, p. 60, jan./jun. 2012.

² KOZICKI, Katia e QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da Política e controle judicial de políticas públicas. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, p. 60, jan./jun. 2012.

³ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. Tempo Soc., São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 set. 2010.

o atual ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso⁴, duas são as causas do evento: a primeira é uma consequência do modelo institucional brasileiro, no que tange às omissões normativas e/ou governamentais pelo legislador ou administrador quando da existência do direito na Constituição Federal, mas inviabilidade de aplicação. A segunda, e mais controversa, trata da tomada de decisão do magistrado, autorizada pela inércia do Poder Legislativo, resultando em consequências vulgarmente conhecidas por ativistas, sendo um exemplo a criação de um tipo penal não abrangido pelo Código Penal Brasileiro, com o objetivo de proteção do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A primeira causa, teve como ponto de partida a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), concretizando a fase de redemocratização do Brasil. Com a nova Carta Magna, o Poder Judiciário consolidou-se um poder político e ativo no que diz respeito à imposição da CRFB/88 aos particulares e até mesmo aos outros Poderes. Essa redemocratização expandiu o Poder Judiciário, trazendo à Constituição, matérias cuja competência era delegada à legislação ordinária, bem como aumentou a demanda por parte da sociedade em geral, o que gera para além do debate constitucional, um debate político:

Na medida em que uma questão — seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público — é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.⁵

E nesse sentido, o Ministro⁶ entende que a crescente provocação do STF se deu de forma direta por parte da população e que o aumento da demanda não se deu de forma discricionária pelo Tribunal, vez que a este não cabe decidir sobre seu conhecimento ou não bem como o pronunciamento sobre o mérito, pois há nesse momento o simples cumprimento do dever constitucional, seja esse a análise da presença dos requisitos de admissibilidade das ações.

Loiane Prado Verbicaro, elenca seis principais condições facilitadoras para o processo de judicialização da política no Brasil, sejam eles: “(i) a promulgação da Constituição de 1988; (ii) a universalização do acesso à justiça; (iii) a existência de uma Constituição com textura aberta; (iv) a decodificação do direito, a crise do formalismo e do positivismo jurídico;

⁴ BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, Madrid, p. 20, 2009.

⁵ BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, Madrid, p. 20, 2009.

⁶ BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, Madrid, p. 21, 2009.

(v) a ampliação do espaço reservado ao STF; (vi) a hipertrofia legislativa; e (vii) a crise do Parlamento brasileiro”⁷.

Diante disso, e em complementação à fala do Ministro Luís Roberto Barroso, o caráter aberto das normas que dispõem sobre direitos fundamentais, exige um posicionamento criativo do Poder Judiciário, em outras palavras, há a necessidade de modificar o paradigma positivista da suposta previsão da norma a ser adotada no caso concreto, pois “caberá ao Judiciário densificar e dar significado a esses direitos, de acordo com o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade naquele determinado momento”⁸.

A segunda hipótese dispõe sobre situação em que o Judiciário torna-se ativo quando da omissão normativa. Nesses casos, o Poder Legislativo é inerte quando da lesão ou ameaça de direito previsto na Constituição Federal⁹, e, por consequência, há provocação do Supremo Tribunal Federal pelos legitimados para tanto, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais em risco.

Neste caso, a judicialização encontra espaço nas ações de Controle de Constitucionalidade Difuso do Supremo Tribunal Federal, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção (MI). As autoras Katia e Estefânia¹⁰ entendem que os cidadãos precisam de respaldo quando suas demandas não são atendidas pelo Poder competente para tanto, ainda porque a maior parte da violação de direitos que atinge o STF trata de questões de forte apelo pela sociedade.

Fernando e Edinilson¹¹ entendem que o STF, de certa maneira, possuem responsabilidade quando da omissão legislativa ou administrativa dos outros poderes para que assim seja possível dar concretude aos direitos previstos no texto constitucional. Entretanto, necessário é entender quais são os limites de tal atuação, pois entende-se que a finalidade do Tribunal não é de ser legislador positivo, mas sim de garantir o respeito à Constituição e aos direitos fundamentais por força de decisão judicial. Dizem ainda os autores:

Há possibilidade de intervenção judicial, ou seja, a procedência ou não da ação, será sempre precedida de algumas premissas, que asseguram a própria manutenção dos princípios constitucionais. [...] O controle jurisdicional exercido pelas decisões judiciais em caso difíceis, diz respeito às condições necessárias à desobstrução dos

⁷ KOZICKI, Katia e QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da Política e controle judicial de políticas públicas. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, p. 62, jan./jun. 2012.

⁸ KOZICKI, Katia e QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da Política e controle judicial de políticas públicas. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, p. 63, jan./jun. 2012.

⁹ Artigo 5, inciso XXXV, CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁰ KOZICKI, Katia e QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da Política e controle judicial de políticas públicas. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, p. 80, jan./jun. 2012.

¹¹ ALVES, Fernando de Brito. MACHADO, Edinilson Donisete. Democracia e judicialização da política – problematizando as decisões judiciais sobre direitos sociais. Revista do Direito Público, Londrina, v. 11, n. 3, p.13-46, dez. 2016

canais democráticos e às garantias individuais, como forma de assegurar a liberdade e a igualdade.¹²

Em conclusão, as duas hipóteses se complementam, no que tange ao caso aqui estudado, pois há omissão legislativa em não editar lei formal sobre a discriminação específica conhecida por homotransfobia e, em razão de tal ausência, o Poder Judiciário foi acionado por meio da ADI 26 e do MI 4733. Entretanto, há de se levar em consideração que o julgamento de tal demanda não é livre de notas políticas, mesmo porque a própria pauta do assunto é, em sua grande maioria, uma atitude política e, a decisão não positivista por qualificar o tipo penal de racismo, modificando a Lei 12.063/09, foi extremamente oportuna, pois acalma os ânimos da sociedade em seu clamor por posicionamento público nas pautas LGBT.

Para além disso, mais oportuno foi o momento de pauta e julgamento das ações de controle de constitucionalidade mencionada, haja visto que ambas foram propostas no ano de 2013, entretanto foram incluídas no calendário de julgamento pelo Presidente do Tribunal, Ministro José Antonio Dias Toffoli apenas no dia 16 de abril de 2019, sendo iniciado o julgamento no dia 23 de maio de 2019 e fim no dia 13 de junho do corrente ano.

Tratar sobre o processo de escolha de pauta pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal demandaria extensa pesquisa, entretanto, válido é trazer brevemente a fala de Gil Alessi¹³ em reportagem para o Jornal El País, que diz que não há nenhum critério objetivo para determinar o que será votado no STF e que os Ministros podem, em conformidade com seus juízos de valores, determinar o que é relevante para o momento jurídico, seja por pressão social, midiática, ou outros motivos que não precisam ser expostos, mesmo que diante da liberdade do Tribunal exista um ônus implícito em justificar tais decisões.

Por fim, Mauricio Dieter, professor de Criminologia e Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP), em entrevista para o Jornal El País¹⁴, diz que tal discricionariedade no momento de definir a pauta mostra, entre outras coisas, a grande distância entre os ministros e a dificuldade em chegar a um consenso de agenda sobre os julgamentos mais relevantes para a sociedade e para o país como um todo. Além disso, esse comportamento evidência, ainda mais, a disputa de *mikropoder* local, que não é esperada de um Supremo Tribunal.

¹² ALVES, Fernando de Brito. MACHADO, Edinilson Donisete. Democracia e judicialização da política – problematizando as decisões judiciais sobre direitos sociais. Revista do Direito Público, Londrina, v. 11, n. 3, p.13-46, dez. 2016 p. 42

¹³ ALESSI, Gil, A caixa preta do STF: por que o tribunal julga o que quer quando quer? **El País**. São Paulo, 17 jul. 2016. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/10/politica/1465591620_578341.html

¹⁴ BETIM, Felipe, O controle da pauta é o que há de mais autoritário no Supremo, **El País**. São Paulo, 25 jun. 2019. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/23/politica/1561300934_564924.html

1.2 DIREITO ACHADO NA RUA

Nos últimos anos, o Brasil vivencia a mudança de boa parte do poder político para os tribunais, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. Parte dessa mudança de posição se dá em razão da participação ativa da sociedade na criação e efetiva aplicação das normas contidas na Constituição Federal. Esse movimento é conhecido por Direito Achado na Rua, o qual caracteriza, de certa maneira, a desburocratização e descolonização do Direito, nas palavras de José Geraldo de Sousa Junior e Livia Gimenes Dias da Fonseca¹⁵.

José Geraldo de Sousa Junior entende o Direito Achado na Rua como “uma concepção de Direito que emerge, transformadora, dos espaços públicos – a rua – onde se dá a formação de sociabilidades reinventadas que permitem abrir a consciência de novos sujeitos para uma cultura de cidadania e de participação democrática”¹⁶. Para além disso,

Esta proposta está imbuída de um claro humanismo, pois toma o protagonismo dos sujeitos enquanto disposição para quebrar as algemas que os aprisionam nas opressões e espoliações como condição de desalienação e de possibilidade de transformarem seus destinos e suas próprias experiências em direção histórica emancipadora, como tarefa que não se realiza isoladamente, mas em conjunto, de modo solidário.¹⁷

Na concepção teórica de Roberto Lyra Filho, o sujeito é um modo de construção da experiência social e isso pode ser entendido como o movimento social, como a contestação da lógica da ordem como a sociedade, em especial a sociedade jurídica como um todo, se organiza. Para Touraine, nos novos movimentos sociais “os sujeitos são portadores de organização e ação em torno de problemas e conflitos sociais e culturais”¹⁸ e como exemplo atual de tal problemática, pode ser citado o movimento LGBT e sua ativa participação para a criação de direitos para o grupo.

Nos dias atuais, os movimentos sociais possuem como novo integrante algo que muda completamente toda a problemática envolvida, o paradigma político, ou seja, os direitos

¹⁵ SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; FONSECA, Livia Gimenes Dias da. O constitucionalismo achado na rua: uma proposta de descolonização do Direito. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2882-2902, out./dez. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000402882&lng=en&nrm=iso. Acesso 9 ago. 2018. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/31218>.

¹⁶ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade: o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito**. 2008. p. 5. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

¹⁷ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade: o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito**. 2008. p. 5. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

¹⁸ Touraine, Alain. 1994. APUD SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade: o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito**. 2008. p. 10. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

políticos, para além dos sociais que, ainda de acordo com Touraine, andam lado a lado com os direitos culturais, que incluem “a resistência ao modelo de desenvolvimento globalizado neoliberal que resultou na afirmação do indivíduo enquanto sujeito pessoal, destacando assim a dimensão cultural (direitos culturais)”¹⁹.

A luta pelos direitos culturais amplia a reivindicação democrática a fim de aumentar a consciência individual, de modo que comporte o reconhecimento do outro e afirmação dos direitos individuais. Nesse sentido, o direito a diferença recebe protagonismo, para que assim, a reivindicação dos movimentos por direitos das minorias tome forma. Importante é destacar que movimentos grandes, como o Movimento LGBT possuem grande discussão de identidade, pois não há o que se falar em homogeneidade de ideologias e identificações, isso porque cada uma das identidades de gênero ali contidas na sigla que, logo mais, contará com mais de 30 letras, possua sua própria problemática e luta individual.

Alberto Melucci²⁰ traz importante conceito para tal discussão, seja ele o da solidariedade que guia os movimentos sociais com múltiplas identidades, pois apenas com a partilha da identidade coletiva que o conflito pode ser desenvolvido e as barreiras do sistema podem ser rompidas para que assim, finalmente, o objetivo principal, seja alcançado - a conquista de direitos como um todo.

Os movimentos sociais “instauram um novo espaço público onde a sociedade passa a ouvir suas mensagens e traduzir as reivindicações em tomada de decisão política, sem com isso perder a autonomia conquistada no processo de luta”²¹. Tais movimentos adotam um agir político criativo, de forma a transformar o sistema jurídico vigente gerando conflitos sociais complexos que possuem, de acordo com Sousa Júnior²², duas fases: latência e visibilidade.

A latência é o momento de identificação e formação dos grupos. Nessa fase, há uma rede de pequenos grupos que estão envolvidos em suas demandas individuais cotidianas, entretanto, como grupo, identificam a necessidade de, como sujeitos coletivos de direito,

¹⁹ Touraine, Alain. 2006. APUD SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Direito como liberdade: **o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito**. 2008. p. 10. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

²⁰ MELUCCI, Alberto. Um objetivo para os movimentos sociais? **Revista Lua Nova** n°. 17. São Paulo: CEDEC. 1989. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451989000200004. Acesso em 18 set. 2019.

²¹ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Direito como liberdade: **o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito**. 2008. p. 147 Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

²² SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Direito como liberdade: **o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito**. 2008. p. 147 Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

enfrentar problemas específicos, como por exemplo, a diminuição da violência aos integrantes dos movimentos LGBT.

O momento da visibilidade é, em geral, a emergência dos pequenos grupos por meio de uma figura de autoridade que se apresenta de modo a representar os diversos objetivos do grupo, como por exemplo a oposição a uma lógica de tomada de decisões já enraizada na cultura jurídica da sociedade. Nesse segundo momento, o objetivo é ser ouvido, trazer à tona a demanda, antes submersa. “O aspecto interessante a ser destacado é o fato de os atores coletivos preservarem seu espaço de autonomia em relação ao sistema²³. Importante é ressaltar que, de acordo com Melucci²⁴, uma sociedade aberta comporta tanto um poder criativo quanto conflitos sociais em coexistência, de forma que não entre em colapso.

No mais atual entendimento, os movimentos sociais são configurados como “ação coletiva de natureza contestadora”²⁵ que busca configurar um conjunto de ações sociopolíticas com o objetivo de gerar mudanças na sociedade tanto civil quanto jurídica. No Brasil, Scherer-Warren cita quatro categorias das redes de movimentos sociais:

a) articulação entre atores e movimentos sociais e culturais; b) transnacionalidade; c) pluralismo organizacional e ideológico e d) atuação nos campos cultural e político. No primeiro, ocorrem diversas formas de articulação por razões múltiplas; no segundo, há uma intensidade diferente nas diversas redes, funcionando uma cooperação em mão dupla: as ONGs estrangeiras propiciam recursos para a execução de projetos no país; no terceiro, observa-se atores sociais participando de várias redes ou organizações, compartilhando princípios éticos comuns; e no último, as redes de movimentos tendem a atuar na formação de novos sistemas de valores, configurando uma dimensão ética de compromisso com o futuro da coletividade ao nível local, nacional e planetário. Com essas atribuições, as redes ganham significados políticos à medida que se tornam alvo de uma prática mais democrática e tolerante em relação à diversidade social, construindo um imaginário de paz e de novas utopias ou modo de vida alternativos.²⁶

O ponto central da corrente do Direito Achado na Rua é recolocar os sujeitos sociais na perspectiva do sujeito coletivo de direitos, com o objetivo de politizar os espaços da vida cotidiana e a prática de criação de direitos, as interligando e conectando entre si. “Neste sentido, a classe trabalhadora se soma às lutas de diferentes movimentos sociais (mulheres, homossexuais, indígenas, ecologistas dentre outros), que entraram na cena pública com suas

²³ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade: o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito**. 2008. p. 243 Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

²⁴ MELUCCI, Alberto. Um objetivo para os movimentos sociais? **Revista Lua Nova** nº. 17. São Paulo: CEDEC. 1989. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451989000200004. Acesso em 18 set. 2019.

²⁵ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade: o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito**. 2008. p. 266 Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

²⁶ SCHERER-WARREN, Ilse. Das mobilizações às redes de movimentos sociais. **Rev. Sociedade e Estado**, Brasília, v. 21, n.1, p. 109-130, jan./abr. 2006.

demandas específicas de reconhecimento e negociação de direitos”²⁷, em outras palavras, os sujeitos coletivos de direito, por meio do espaço legítimo e democrático das ruas, buscam a aplicação de seus direitos constitucionalmente garantidos.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO MOVIMENTO LGBT NO BRASIL, A DEMANDA POR CRIAÇÃO DE DIREITOS E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA

2.1. BASE HISTÓRICA DO MOVIMENTO SOCIAL LGBT

LGBT – lésbicas, gays²⁸, bissexuais²⁹, travestis³⁰ e transexuais³¹. Quatro são as letras que definem o significado nuclear da sigla que representa uma gama de mais de trinta identidades de gênero³², que, apesar de volumosas, configuram um grupo considerado minoritário de sujeitos de direitos na sociedade brasileira. Apesar do recente protagonismo do Movimento Homossexual³³, sua trajetória teve início nos anos 1970, em consonância aos registros acadêmicos.

O movimento defensor dos direitos homossexuais teve início na Europa, de acordo com Anderson Ferrari³⁴, mais especificamente ao final dos anos 1940 quando da criação do espaço COC (*Center for Culture and Recreation*) em Amsterdã, cujo objetivo consistia em desconstruir o estigma negativo sobre os homossexuais. O grupo promovia o diálogo por meio do jornal *Levensrecht* – traduzido para o português como “Direito de viver” – e buscava a “promoção de ocasiões de sociabilidade e no trabalho junto a autoridades locais para fomentar

²⁷ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Direito como liberdade: **o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito**. 2008. p. 268 Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

²⁸ Lésbicas e Gays são as pessoas que sentem atração sexual, física e afética por pessoas do mesmo gênero

²⁹ Pessoas que se relacionam afetivamente com pessoas de ambos os sexos ou gêneros.

³⁰ Pessoa do sexo masculino, mas que tem identidade de gênero oposta ao seu sexo biológico.

³¹ Pessoas que não se identificam com o gênero designado quando do seu nascimento.

³² Nos dias atuais, a sigla é entendida por LGBTQQICAPF2K+, significando lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Travestis, *Queer*, Questionando, Intersexo, Curioso, Assexuais, Pan e Polisssexuais, Amigos e Familiares, *Two-spirit*, *Kink*, entre outros.

³³ O termo movimento homossexual é aqui entendido como o conjunto das associações e entidades, mais ou menos institucionalizadas, constituídas com o objetivo de defender e garantir direitos relacionados à livre orientação sexual e/ou reunir, com finalidades não exclusivamente, mas necessariamente políticas, indivíduos que se reconheçam a partir de qualquer uma das identidades sexuais tomadas como sujeito desse movimento. In: FACCHINI, R.. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. Cadernos Arquivo Edgard Leuenroth (UNICAMP), Campinas, v. 10, n.18/19, p. 79-123, 2003, p. 84.

³⁴ FERRARI, Anderson. Revisando o passado e construindo o presente: o movimento gay como espaço educativo. **Rev. Brasileira de Educação**. N. 25. Juiz de Fora. Jan./fev. 2003.

a tolerância para como homossexuais”³⁵. Importante ressaltar um grande marco histórico ao movimento homossexual europeu dos anos 1933, durante o regime nazista, que foi a criminalização dos atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo³⁶, o que repercutiu para além do Continente Europeu e pode ser claramente identificado até os dias de hoje, sendo a descriminalização uma das maiores pautas do movimento.

Ao final da década de 1970, o movimento homossexual, majoritariamente composto por homens gays e, posteriormente apoiado pelas mulheres lésbicas, tomava forma. O grupo formava a fase latente do movimento social em criação que, nos anos 1990 teve como adição a participação das travestis e dos transexuais. Nos anos 2000, os bissexuais.

No Brasil, os movimentos sociais buscavam democracia e direitos civis plenos, ou seja, cidadania, em uma época marcada pelo contexto de regime militar, o que, de certa forma, contribuiu para a conquista de espaço pelo movimento homossexual. Ainda na fase de latência, o movimento composto por diferentes identificações de indivíduos, começou a identificar-se como sujeito coletivo de direitos e, com o objetivo de difundir as ideias do movimento, criou o “Jornal Lampião da Esquina” no ano de 1978 no estado do Rio de Janeiro.

O “Lampião da Esquina”, em conjunto com o “SOMOS – Grupo de Afirmção Homossexual”, buscava união com as demais minorias – negros, mulheres, índios, entre outros – com o intuito de dar mais visibilidade as suas demandas. Mesmo que associado aos outros movimentos minoritários, o “Lampião da Esquina” teve importante papel na disseminação das ideias dos movimentos, pois em tempos de grande censura midiática, a imprensa alternativa era “um fator politizador de segmentos visibilizados socialmente, pois estava vinculada às diversas lutas de minorias que foram sufocada historicamente”³⁷.

O “SOMOS – Grupo de Afirmção Homossexual” buscou grande influencia nos países europeus e norte americanos, mesmo que o foco fosse a cultura brasileira. Isso se deu em razão do momento histórico mundial que, além dos enfrentamentos na Europa, teve outro marco relevante conhecido pela “Batalha de Stonewall” que ocorreu em junho de 1969 no bar Stonewall de Nova Iorque. No dia 28 deste mês o estabelecimento sofreu uma batida policial

³⁵ FACCHINI, Regina. Histórico da luta de LGBT no Brasil, Conselho Regional de Psicologia de São Paulo CRPSP. **Caderno Temático Psicologia e Diversidade Sexual**. N. 11. p. 10-19 São Paulo. 2011. Disponível em http://www.crsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/11/frames/caderno_tematico_11.pdf. Acesso 20 set. 2019.

³⁶ WENDT, Valquiria P. Cirolini. **Os movimentos sociais dos homossexuais e a busca pela criminalização da homofobia: análise desde os dados estatísticos apontados pela mídia**. p. 16. 27 a 29 de maio de 2015 - Santa Maria. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-18.pdf>. Acesso em 320 set. 2019.

³⁷ BRITO, Alexandre Magno Maciel Costa e. **O lampião da esquina: uma voz homossexual no Brasil em tempos de fúria (1978-1981)**. 2016. p. 5. il. Dissertação (Mestrado em História)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

justificada por uma denúncia de ausência de licença para comercializar bebidas alcoólicas, entretanto, os clientes – em sua maioria, gays, lésbicas e travestis – resistiram à voz de prisão, dando início ao movimento generalizado que tomou as ruas e lutava contra a grande repressão policial.

Stonewall foi à tomada da palavra pelos homossexuais. A passagem da posição de objetos, da perseguição, inclusive policial, para a posição de sujeitos que desejam ser reconhecidos como tais e deixar de ser martirizados pelo preconceito, pela violência abusiva do outro. Stonewall surgiu no epicentro da revolução sexual dos anos 60 no qual a palavra de ordem era liberdade.³⁸

O movimento repercutiu pelos países e, no Brasil, o “Grupo SOMOS”, formado em São Paulo no ano de 1978, tinha a estratégia política de fortalecimento da identidade homossexual, por meio da valoração positiva dos termos utilizados de forma pejorativa como “bichas” e “sapatão”³⁹. O momento foi marcado pelo crescimento acelerado da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), o que fez com que o movimento homossexual precisasse buscar o auxílio do Estado para combater a doença e, em razão disso, as críticas ao autoritarismo foram reduzidas.

Na ditadura, o movimento homossexual era fortemente atrelado ao movimento comunista e à ideologia de esquerda, dessa maneira, a repressão ao movimento era agravada, provocando repressão aos seus direitos básicos civis e de cidadania, em especial no que se tratava das travestis, pois a expressão do feminino sofria grande contenção policial, tornando a resistência desse grupo atrelada diretamente à sobrevivência, o que não deixava de ser uma ação política, pois a simples existência desse grupo era considerada “ como transgressão e um ataque à família tradicional e à moralidade social segundo o imaginário hegemônico da época”⁴⁰.

Esse primeiro momento de latência do movimento homossexual é definido por Facchini⁴¹ como “primeira onda”, pois consiste no surgimento e expansão do movimento, resultando na maior produção acadêmica sobre o mesmo. A maior parte dos registros é encontrada no eixo São Paulo-Rio de Janeiro e a maior característica era o caráter antiautoritário e comunista, sendo caracterizados por “alternativos” ou “libertários”.

³⁸ BARROCO, Victor, 2010 APUD FACCHINI, R.. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. **Cadernos Arquivo Edgard Leuenroth (UNICAMP)**, Campinas, v. 10, n.18/19, p. 79-123, 2003.

³⁹ FRANÇA, Lins Isadora, 2010 APUD FACCHINI, R.. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. **Cadernos Arquivo Edgard Leuenroth (UNICAMP)**, Campinas, v. 10, n.18/19, p. 79-123, 2003.

⁴⁰ BRITO, Alexandre Magno Maciel Costa e. O lampião da esquina: uma voz homossexual no Brasil em tempos de fúria (1978-1981). 2016. P. 18., il. Dissertação (Mestrado em História)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

⁴¹ FACCHINI, R.. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. **Cadernos Arquivo Edgard Leuenroth (UNICAMP)**, Campinas, v. 10, n.18/19, p. 79-123, 2003, p. 84.

Na primeira onda, no ano de 1979, ocorreu o Primeiro Encontro de Homossexuais Militantes, realizado no Estado do Rio de Janeiro e organizado pela Associação Brasileira de Imprensa (ABI). Dentre o total de participantes, estimado em 61 pessoas, 11 eram lésbicas e 50 eram gays. Nove grupos participaram do encontro, sendo eles: SOMOS – RJ, Auê – RJ, SOMOS – SP, Eros – SP, SOMOS – Sorocaba, Beijo Livre – Brasília, Grupo Lésbico Feminista – SP, Libertos – Guarulhos, Grupo de Afirmção Gay – Caxias. Naquele momento, as reivindicações do Movimento Homossexual eram a inclusão do respeito à opção sexual na Constituição Federal, uma campanha para retirar a homossexualidade do rol de doenças mentais e a convocação de um congresso para a Semana Santa, que seria realizada no estado de São Paulo⁴².

Na segunda metade dos anos 1980 começa a “segunda onda” com o surgimento da AIDS, que ficou conhecida como “peste gay”. Este período foi bem pouco explorado pela bibliografia específica e ficou conhecido pelo “declínio” do movimento⁴³. No ano de 1981, o já citado jornal “Lampião da Esquina” encerra suas atividades, o que significa grande perda ao movimento, pois por meio deste meio de comunicação, grandes encontros e movimentos nas ruas eram comunicados e difundidos por todo o país. Facchini elenca alguns dos fatores que contribuíram para o declínio do movimento durante esse período.

O crescimento da inflação e do desemprego dificultaria a mobilização dos ativistas; a falsa ideia de que em tempos democráticos os direitos civis dos homossexuais poderiam expandir-se mais facilmente; por outro lado, o espaço dado para a homossexualidade em meios de comunicação convencionais e a expansão de um mercado voltado para homossexuais teriam produzido uma ilusão de liberdade e de que a organização política não era necessária.⁴⁴

A “terceira onda” começou na segunda metade dos anos 1990 e persiste até os dias atuais. Neste período, grande parte dos líderes dos movimentos voltaram suas pautas para a luta contra a AIDS, criando assim as primeiras respostas da sociedade civil à epidemia.

O maior diferencial desse momento é a forte participação da mídia e dos movimentos de Direitos Humanos. em razão da necessidade de uma resposta estatal ao grande crescimento das doenças sexualmente transmissíveis (DSTs) e da epidemia de AIDS. O movimento homossexual precisou de maior organização e, nesse momento surgiram a

⁴² FACCHINI, R.. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. **Cadernos Arquivo Edgard Leuenroth (UNICAMP)**, Campinas, v. 10, n.18/19, p. 79-123, 2003, p. 90

⁴³ FACCHINI, R.. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. **Cadernos Arquivo Edgard Leuenroth (UNICAMP)**, Campinas, v. 10, n.18/19, p. 79-123, 2003, p. 84.

⁴⁴ FACCHINI, R.. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. **Cadernos Arquivo Edgard Leuenroth (UNICAMP)**, Campinas, v. 10, n.18/19, p. 79-123, 2003, p. 95.

Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis, o Grupo Gay da Bahia e o Fórum Paulista de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros. Tais grupos foram responsáveis pelas manifestações nas ruas e conquistas, como por exemplo, a criação da Parada Gay no ano de 2002.

2.2. DEMANDA POR CRIAÇÃO DE DIREITOS E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA

O Movimento Homossexual, desde sua “primeira onda” possuía demandas tanto jurídicas, quanto civis e sociais. A rede interna do movimento, composta por organizações regionais buscava conquistas tanto à nível estatal quanto federal. Em uma análise do movimento social pela abordagem do “Direito Achado na Rua”, entende-se que o grupo buscava nas ruas a legitimidade necessária para atingir os objetivos do grupo como um todo, a qual não era conquistada sem a participação ativa dos sujeitos de direitos coletivos ali enquadrados.

Se o Direito não nascer na rua, se a legalidade não nascer da formalidade e na periferia, e não se sustentar com base em razões que sejam capazes de mobilizar os debates públicos pela atuação da sociedade civil e dos setores organizados da sociedade, assim, sem uma perspectiva generalizada, universalizada, instaurada pelas lutas por reconhecimento e inclusão, não ganhar os fóruns oficiais, não ganhar o centro do sistema político, e não se traduzir em decisões participadas, como falar-se em legitimidade democrática?⁴⁵

A atual demanda, que no atual momento pode ser encarada como conquista, é a criminalização das práticas homofóbicas e transfóbicas. De acordo com o Relatório elaborado no ano de 2018 pelo Grupo Gay da Bahia (GGB)⁴⁶, pode-se verificar que 420 foi o número de mortes de LGBTs no Brasil no ano de 2018 em razão da descriminalizações de gays, lésbicas, transexuais e transgêneros (homolesbotransfobia). 320 das mortes foram homicídios, alcançando a alta porcentagem de 70% das mortes totais registradas, número recorde nos últimos 39 anos, desde o início da coleta de dados pelo GGB.

Muitas das vítimas dos homicídios são enquadradas em outras minorias, como negros, mulheres, índios, baixa renda, entre outros, entretanto, a motivação para o cometimento das transgressões registradas é sempre a mesma: a discriminação de gênero. Grupos como o

⁴⁵ SOUSA, Junior. JG et al (org.). Introdução Crítica ao Direito à Saúde, Série O Direito Achado na Rua, vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008. Disponível em <http://prodisa.fiocruz.br/publi/O%20Direito%20Achado%20na%20Rua.pdf>. Acesso em 20 set. 2019.

⁴⁶ MENDES, Wallace, LS Raphael, RIBEIRO, Deco. Mortes Violentas de LGBT+ no Brasil, **Relatório 2018 – Grupo Gay da Bahia – GGB**. Disponível em <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/01/relatorio-2018-1.pdf>. Acesso em 20 set. 2019.

GGB apresentaram críticas e soluções para as políticas, ou para a ausência delas, de criminalização dos atos atentatórios a vida dos LGBTs.

De acordo com Luiz Mott, fundador do GGB, cinco são as soluções emergenciais para a erradicação dos crimes homotransfóbicos no Brasil, entre elas, a aprovação de leis afirmativas para que garantam a cidadania plena da população LGBT, equiparando a homofobia e a transfobia ao crime de racismo.

O cenário de qualificação do crime de racismo, adicionando a possibilidade do cometimento do crime com motivações homofóbicas e transfóbicas não é atual, entretanto, ocorre que a ausência de marcos regulatórios, como pode ser verificado pela proposta de alteração da Lei 7.716/89 pelo Projeto de Lei 122/06, que se convencionou chamar no Brasil como projeto de criminalização da homofobia, a qual não foi analisada e arquivada, gera apenas o reforço das práticas homotransfóbicas. Dessa maneira, não é de se espantar que as demandas, como forma de judicialização da política e resultado do grito dos movimentos sociais, chegaram ao Poder Judiciário.

3. JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733 E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA.

3.1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE O MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O modelo institucional de controle de constitucionalidade foi inserido na Constituição da República de 1891 em definitivo, mas teve suas raízes no Decreto nº 848 de 180 que autorizava o Supremo tribunal Federal a julgar questões de constitucionalidade em grau de recurso de última instância. A inspiração desse modelo veio da *Supreme Court of the United States* “para processar e julgar “todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposição da Constituição” e “quando se contestar a validade de leis ou de atos do governo dos Governos do Estado em face da Constituição”⁴⁷.

⁴⁷ KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges., Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última paliara e o diálogo. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 77, p. 109. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_asttext&pid=S2177_70552015000200107&Ing=em&nrm=isso. Acesso 17 ago. 2019

Ainda sob influência norte-americana em seu modelo de *checks and balances*, no artigo 15 da Constituição Brasileira há o então sistema de autocontenção até 1891, sendo ele de três modos:

Primeiro, o Supremo não aplicaria diretamente as normas constitucionais às situações não previstas expressamente em sua esfera de incidência. Segundo, quando declarava a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, valer-se-ia de critérios hermenêuticos rígidos e conservadores. Por fim, omitia-se da discussão sobre políticas públicas.⁴⁸

Nesse sentido, decisões em matéria constitucional seriam recebidas como indevida intervenção do direito em áreas exclusivas da política, consagrando a separação dos poderes como uma distribuição estanque de funções⁴⁹.

Já na Constituição de 1934, outro passo em direção ao conhecido controle de constitucionalidade foi dado quando da instituição da intervenção da União sobre os Estados quando o artigo 7º, I, a-h⁵⁰ era desrespeitado. A legitimidade desse controle era conferida exclusivamente ao procurador-Geral da República que deveria acionar o Supremo Tribunal Federal que deveria declarar ou não a constitucionalidade da lei estadual.

A Emenda Constitucional nº 16 de 1965, que alterava a Constituição Federal de 1946, fez constar um novo instituto de controle, a representação de inconstitucionalidade, a qual também era de legitimidade única do Procurador-Geral da República e tinha como objeto declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais. A declaração também ficava a cargo do Supremo Tribunal Federal e assim era possível realizar o controle abstrato, isso porque não apenas princípios eram tutelados, mas também direitos objetivos, casos concretos. “Ao término, “[...] toda lei de nosso ordenamento jurídico [...] poderia ser objeto de um exame de constitucionalidade, mediante uma ação direta ou específica, destinada exclusivamente a liquidar o ponto controverso”⁵¹.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 12, p. 9, fev./maio, 2010.

⁴⁹ KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges., Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última paliara e o diálogo. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 77, p. 110. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_asttext&pid=S2177_70552015000200107&Ing=em&nrm=isso. Acesso 17 ago. 2019

⁵⁰ Art 7º - Compete privativamente aos Estados: I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e coordenação de poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões.

⁵¹ KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges., Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última paliara e o diálogo. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 77, p. 111. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_asttext&pid=S2177_70552015000200107&Ing=em&nrm=isso. Acesso 17 ago. 2019

Finalmente, na Constituição Federal de 1988, a possibilidade de exercer o Controle de Constitucionalidade foi expandida e novas modalidades foram apresentadas sendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade (que substituiu a representação de inconstitucionalidade); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Mandado de Injunção – cujo objeto é sanar omissões do legislador – e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de caráter subsidiário. Importante ressaltar que os legitimados a propor as referidas medidas de controle também tiveram seu rol ampliado e taxado no artigo 103⁵² da CRFB/88. A Ação Declaratória de Constitucionalidade surgiu por meio da Emenda Constitucional nº 3, cujo objetivo é sanar dúvida ou contradição que paira sobre certa norma. A referida emenda trouxe o efeito *ex nunc* para as decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade e motivou que as Leis nº 9.868 e nº 9.882 fossem promulgadas; a primeira trata sobre o rito da ADI e ADC e a segunda sobre o processo de julgamento da ADPF.

Nesse novo caminho que o modelo brasileiro tomou, a influência norte-americana foi dando espaço ao modelo europeu, a qual foi confirmada com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45 em 2004 que tratava sobre as Súmulas Vinculantes que nada mais são do que a pacificação de certos entendimentos com base em decisões reiteradas sobre o mesmo tema.

Uma vez aprovada, a súmula vinculária não só o Poder Judiciário, como também a Administração Pública direta e indireta, nos três níveis federativos. A aprovação, a revisão ou o cancelamento poderiam ser requeridos somente pelos agentes previstos no artigo 103 da Constituição de 1988. Quanto ao controle difuso, a Emenda n. 45 condicionou a admissibilidade de recurso extraordinário à presença de repercussão geral, com a Corte aferindo a relevância jurídica, política, social ou econômica da matéria discutida.⁵³

Nesse novo caminho que o modelo brasileiro tomou, a influência norte-americana foi dando espaço ao modelo europeu, a qual foi confirmada com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45 em 2004 que tratava sobre as Súmulas Vinculantes que nada mais são do que a pacificação de certos entendimentos com base em decisões reiteradas sobre o mesmo tema.

⁵² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁵³ KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges., Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 77, p. 112. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_astext&pid=S2177-70552015000200107&Ing=em&nrm=isso. Acesso 17 ago. 2019

Conclui-se então que o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é, de certa maneira, uma colcha de retalhos que tomou como base formal os modelos jurídicos de outras sociedades, sejam elas a norte-americana e a europeia de forma a construir a sua própria. Tal junção dá tamanho poder decisório ao Supremo Tribunal Federal de forma que tão somente este órgão do Poder Judiciário é capaz de decidir sobre a constitucionalidade ou não de maneira difusa e a tornar suas decisões vinculantes a todos os demais órgãos judiciais e administrativos e, inclusive, aos poderes Legislativos e Executivos em suas funções administrativas.

Nesse sentido, quando do controle concentrado, ou seja, aquele que pode ser exercido por qualquer órgão do Judiciário, vez que trata de demandas concretas cujos efeitos da decisão tem efeitos apenas entre as partes demandantes e demandadas, há ainda a possibilidade atingir o Supremo Tribunal Federal por meio de Recurso Extraordinário que terá os mesmos efeitos de uma decisão proferida em sede de ADI, ADO, ACD ou ADPF e assim há constitucionalização das demandas sobre direitos dos particulares. E nesse sentido “*Quanto ao controle difuso, a Emenda n. 45 condicionou a admissibilidade de recurso extraordinário à presença de repercussão geral, com a Corte aferindo a relevância jurídica, política, social ou econômica da matéria discutida*”⁵⁴.

Em resumo, a caminhada de construção do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro ocorreu de forma que Poder Judiciário recebeu, em especial o Supremo Tribunal Federal, cada vez mais poder decisório. Poder tal capaz de deixar nas mãos de tal órgão, decisões cuja abrangência vincula a todos os demais órgãos judiciais e administrativos. Com a entrada das demandas individuais no controle e, principalmente, com a possibilidade de tais demandas atingirem à Corte, a judicialização dos direitos fundamentais foi abrindo espaço para o ativismo judicial, o que gera certo desconforto na comunidade jurídica.

Noutra banda, uma mudança na hermenêutica do Tribunal não pode ser ignorada, isso porque:

Os fatos históricos contrariam a opinião de Barroso de que temos um desenho constitucional apriorístico quanto à inclinação que deve ter o Supremo Tribunal Federal e que ele pressupõe uma Corte necessariamente ativista. Mesmo após a Carta de 1988, transcorreram alguns anos e alterações de composição para que as mesmas normas constitucionais passassem a ter interpretações que tomam a dianteira em questões antes afetas aos poderes executivo e legislativo. Não foi rápida a superação do antigo perfil do STF, até então contido e por vezes marcado por momentos de cordialidade excessiva para com os governantes¹⁵⁰. Talvez por isso a mudança não precise ser definitiva⁵⁵.

⁵⁴ KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges., Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última paliara e o diálogo. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 77, p. 112. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_asttext&pid=S2177_70552015000200107&Ing=em&nrm=isso. Acesso 17 ago. 2019

⁵⁵ SANTOS, Clara da Mota. Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do

3.2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO POR MEIO DAS AÇÕES DIRETAS DE CONSTITUCIONALIDADE E MANDADOS DE INJUNÇÃO.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade encontra-se em constante mutação e a grande ilustração disso é a recente criação e delimitação das características atinentes às Ações Diretas de Constitucionalidade por Omissão e Mandados de Injunção; sendo o primeiro integrante do controle de constitucionalidade concentrado, ou seja, aquele que é realizado apenas pelo Supremo Tribunal Federal e este parte do controle de constitucionalidade difuso, podendo ser realizado por todo e qualquer magistrado integrante do sistema de tribunais do Poder Judiciário.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão faz parte das inovações trazidas pela Constituição de 1988 e é regulada pela lei nº 9.868/99. Até o ano de 2007 o Supremo Tribunal Federal utilizava como parâmetro para julgamento das ADOs a posição não concretista, o que significa que a o STF apenas reconhecia a omissão do legislador no que tange a não criação da norma necessária para regular o direito objeto da demanda, entretanto não determinava nenhuma medida de cunho ativo.

Ocorre que, após a virada jurisprudencial de 2007, o Plenário do STF passou a adotar a sentença de perfil aditivo, ou seja, uma posição concretista geral. Tal posicionamento permite que no julgamento das ADOs a Corte declare a omissão legislativa além de (i) aplicar legislação infraconstitucional já existente por meio da hermenêutica analítica; e/ou (ii) determinar prazo razoável para que o Poder Legislativo edite norma reguladora sobre o tema discutido. Essa medida pode ser verificada no artigo 12-H da lei nº 9.868/99⁵⁶, adicionado pela lei 12.063/09.

O mesmo se aplica ao Mandado de Injunção, regulado pela lei nº 3.300/16 e incluído na CRFB/88 em seu artigo 5º, inciso LXXI. Seu objetivo é semelhante ao da ADO, entretanto, nessa medida judicial, a norma de eficácia limitada deve prever a necessidade de elaboração de legislação infraconstitucional que verse sobre direitos fundamentais, sejam eles a nacionalidade, soberania e cidadania⁵⁷.

controle difuso de constitucionalidade à tese de sua "objetivação". 2013. p. 54. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2013

⁵⁶ Art. 12-H “Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009).”

⁵⁷ HENRIQUES, Cristina Giudice Batista. A Nova Interpretação do Mandado de Injunção pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista CEJ**, Brasília, Ano 14, n. 48, p. 18, jan./mar. 2010.

Importante ressaltar que o rol de legitimados para a impetração do mandado de injunção restringe-se à todas as pessoas naturais ou jurídicas⁵⁸ que verifiquem a lesão ao direito fundamental. Em relação ao polo ativo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, este pode ser ocupado por uma quantidade consideravelmente mais restrita de sujeitos, sejam eles: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, de acordo com o art. 2º da lei 9.868/99.

Há de se concluir que seja no controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, o objetivo é garantir a aplicação e cumprimento da Constituição Federal desde que respeitadas as formalidades e os requisitos para proposituras da ação. O intuito não é aumentar a burocracia e dificultar o acesso da população as medidas judiciais, mas sim evitar a quantidade exagerada de de medidas propostas a fim de garantir a duração razoável do processo e a celeridade diante das lesões pleiteadas.

3.3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS, partido político com representação no Congresso Nacional, legitimado por força do art. 2º, inciso VIII da lei 9.868/99. A demanda constitucional foi proposta para o fim de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima.

O fundamento constitucional de tal demanda encontra-se no artigo 5º, inciso XLII, que trata sobre a prática do racismo, que deveria ser aplicada analogicamente, inciso XLI, que institui a punição com base na lei a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais e inciso LIV que determina a necessidade do processo legal para que o indivíduo seja provado de sua liberdade ou de seus bens.

⁵⁸ Art. 3º “São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.” (Lei 13.300/16)

Dito isso, a legitimidade ativa do Partido PPS em propor a ADO tem embasamento no artigo 103, inciso VIII que impõe a condição de representação no Congresso Nacional. Para além disso, as demandas judiciais visam a proteção principal do direito fundamental à segurança, tendo em vista que a busca seria por uma proteção eficiente ante a omissão inconstitucional que, de acordo com o autor, deveria ser reprimida pelo Supremo Tribunal Federal.

Importante é destacar que a parte autora alega ainda a ausência de votação do projeto de lei que visa efetivar a criminalização objeto da demanda. Alega ainda que isso se dá de forma deliberada e que o PL 122/06 ser apensado ao projeto de um novo Código Penal seria estratégia para tanto.

Por fim, em relação ao alegado no tópico anterior, o partido ainda ressalta e possibilidade da aplicação da atual corrente do Supremo Tribunal Federal, seja ela a concretista geral, de forma que seja entendido como pedido cumulativo, tendo em vista que considerando que o STF superou a exigência absoluta de lei para regular temas constantes do MI 107 e MI 20, de forma a garantir a imperatividade jurídica positiva da respectiva ordem constitucional de legislar e da decisão da Corte sobre o tema, nada impede que supera também a exigência absoluta da legislação para criminalizar de forma específica a homofobia. Ou seja, deseja que seja aplicado, por analogia, o enquadramento das condutas de homofobia e transfobia como parte do conceito ontológico-constitucional de racismo, com a finalidade de criminalizar tal prática.

Além disso, requereu ainda, como pedido tradicional da medida judicial, o reconhecimento da mora do Congresso Nacional no que tange a criminalização da prática acima destacada, tendo em vista o lapso de mais de doze anos da propositura do projeto de lei na Câmara dos Deputados, seja ele o PL nº 5003/2001, o qual foi convertido em PLC nº 122/2006 no Senado Federal. Em decorrência de tal pedido, e também fruto da corrente concretista geral, a fixação de prazo razoável para que o Congresso Nacional aprove legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia. Ainda assim, em caso de transcurso do prazo estabelecido, sem efetivação da criminalização, que sejam efetivamente criminalizadas as práticas descritas por meio de decisão do STF, mesmo sendo essa atividade atípica do poder judiciário, mas diante da inércia legislativa.

No parecer do representante do Ministério Público Federal, o Promotor Geral da República, Rodrigo Janot requereu o não conhecimento parcial da ação, pois a índole da medida seria objetiva, que não se destina a proteger situações subjetivas e concretas. Noutra banda, reconhece a possibilidade de acolhimento da aplicação por analogia da Lei nº 7.716/89 a todas

as formas de homofobia e transfobia e que tal pedido está respaldado na interpretação extensiva, sintonizada à realidade social.

Pugna ainda o representante pelo acolhimento maior do pedido da ADO de que o próprio Supremo Tribunal Federal proceda à regulamentação dos dispositivos constitucionais indicados como carentes de interposição legislativa, enquanto não sobrevier edição de lei específica pelo Congresso Nacional. Ao fim, ressalta que nenhuma das soluções desejadas é a mais apropriada ou compatível com o sistema jurídico tradicional, entretanto, todas elas surgem como alternativas, diante do comportamento do Congresso, que não deu concretização, há mais de duas décadas e meia, a comando constitucional expressa.

Na manifestação da Advocacia Geral da União, a representante Maria Aparecida Araújo de Siqueira pede pelo não acolhimento da ADO, visto que, se a homofobia e a transfobia se enquadrassem no conceito de racismo, a omissão seria constante de norma infraconstitucional, seja ela a Lei nº 7.716/89 e, dessa maneira, estaria ausente um dos requisitos da demanda constitucional. Para além disso, a demanda cuida de matéria criminal, na qual o princípio da legalidade dispõe que deve ser rigorosamente respeitado, por força do art. 5º, inciso XXXIX da CRFB/88⁵⁹

3.4 MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733.

O Mandado de Injunção nº 4733 foi impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, pessoa jurídica de direito privado, legitimada por força do artigo 12, inciso III da Lei nº 13.300/16. A demanda, assim como a ADO nº 26, visa obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas individuais e coletivas, dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, com base no artigo 5º, inciso LXXI, da CRFB/88.

As teses desenvolvidas no mandado de injunção coletivo são as mesmas da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Aqui, o importante a ser verificado é a legitimidade ativa as ABGLT como legitimado ativo. De acordo com o referido artigo 12, inciso III da Lei nº 13.300/16, é legitimada a Associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo

⁵⁹ Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

menos um ano. Esse legitimado não faz parte do rol daqueles que podem propor a ADO, entretanto a referida associação é terceira interessada na ação do controle de constitucionalidade na figura de *amicus curiae*.

Os pedidos também são semelhantes, entretanto mais sintéticos, consistindo apenas no reconhecimento da homofobia e da transfobia como conceito ontológico-constitucional de racismo, ou, ao menos, que sejam entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais e requerimento de declaração de mora inconstitucional do Congresso Nacional no dever de editar legislação criminal que puna, de forma específica a homofobia e a transfobia.

O posicionamento da Advocacia Geral da União alega que a parte impetrante deseja, na realidade, objetivar um regramento específico, uma tipicidade especial para as condutas descritas, entretanto, o direito garantido pela Constituição Federal refere-se à necessidade de punição de todas as formas de racismo e não à legislação específica de um tipo de conduta, dessa maneira, insiste que não há qualquer comando constitucional que exija tipificação específica para homofobia e transfobia. Diante disso, sustenta que é incabível o mandado de injunção, tendo em vista que inexistente um direito específico constitucionalmente garantido e à espera de regulamentação para ser exercido.

Em complementação, o Ministério Público Federal, por meio do Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos, pugna pelo não cabimento do mandado de injunção com a consequente extinção do feito sem julgamento do mérito. Isso porque alega que a tramitação do antigo Projeto de Lei nº 122/2006 teria sua matéria ainda em exame pelo Parlamento e, dessa forma, a mora legislativa seria sanada de forma que o objeto da demanda seria pedido.

Em 23 de outubro de 2013, o então relator, Ministro Ricardo Lewandowski não conhece o mandado de injunção coletivo, acolhendo o parecer da Procuradoria Geral da República pela manifesta inviabilidade da via injuncional, tendo em vista que não há direito subjetivo especificamente consagrado na Carta Magna cuja fruição esteja sendo obstada pela ausência de regulamentação legal, mas sim um legítimo e bem articulado movimento em prol de uma legislação criminal ainda mais rigorosa no tocante à punição de condutas homofóbicas.

Recorrendo de tal decisão, a ABGLT interpôs Agravo Regimental alegando compreensão restritiva e incompatível com o texto constitucional positivo, tendo em vista que a mera existência de projetos de lei em tramite no Congresso Nacional não afasta a caracterização da mora inconstitucional de acordo com a jurisprudência recente à época do recurso.

Diante do recurso, a PGR apresentou manifestação no sentido de provimento ao Agravo Regimental, de forma que o recurso deveria ser conhecido para que fosse aberta a oportunidade para que o Plenário do Supremo Tribunal Federal possa pronunciar-se de maneira adequada sobre a complexa pretensão deduzida. Além disso, ainda pugna pelo provimento diante da clara ausência de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero, bem como da liberdade de expressão.

No que tange a inadequação da via eleita, manifesta-se pela superação do anterior entendimento do Ministério Público Federal e conclui ao opinar pelo provimento do agravo para que o mandado de injunção fosse conhecido e deferido em parte para o efeito de considerar a homofobia e a transfobia como crime de racismo e determinar a aplicação do referido artigo 20 da Lei 7.715/89 ou, subsidiariamente determinar a aplicação dos dispositivos do projeto de Lei 122/2006 ou do Projeto de Código Penal do Senado até que o Congresso Nacional edite legislação específica.

3.5. O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26, O MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733 E OS VOTOS PROFERIDOS

O julgamento nas ações de Controle de Constitucionalidade, ADO nº 26 e MI nº 4733 foi finalizado no dia 13 de junho de 2019, entretanto, o acórdão proferido não está disponível no Diário de Justiça do Supremo Tribunal Federal, pois para que isso ocorra, todos os Ministros precisam assinar o referido documento, o que ainda não ocorreu. Em razão disso, os votos de apenas cinco dos onze ministros estavam disponíveis, Ministro Celso de Mello, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes. Em razão do referido obstáculo, e da não disponibilização dos demais votos antes da publicação do acórdão, os apontamentos referentes aos votos dos(as) Ministros(as) Dias Toffoli, Luiz Fux, Marco Aurélio, Carmen Lúcia, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso foram extraídos do acompanhamento da sessão de julgamento das ações supramencionadas.

O julgamento conjunto das ações de controle de constitucionalidade, por maioria absoluta – oito votos favoráveis, contra três desfavoráveis – teve como resultado o parcial provimento.

O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: 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, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.⁶⁰

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **ADO nº 26**, 1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da

Todos os votos proferidos rechaçaram as práticas preconceituosas que comumente são cometidas aos integrantes dos grupos LGBT, entretanto, em nenhum dos votos o Movimento Homossexual foi apresentado como fator importante e essencial para a colocação da demanda de criminalização das práticas de homotransfobia nas pautas do Poder Público. Maior foi a preocupação em deixar clara e cristalina a obrigação do Supremo Tribunal Federal em defender a Constituição Federal, e a sua legitimidade em agir de forma a sanar omissões legislativas, de modo a não adentrar nas competências do Poder Legislativo, do que reduzir o estigma que paira sobre os Movimentos Homossexuais.

Após extensa contextualização sobre a controvérsia constitucional, o Ministro Relator da ADI nº 26, Celso de Mello, destaca a diferenciação entre questões terminológicas, como questões de gênero, questões de sexualidade além de evidenciar a problemática enfrentada pela comunidade LGBT, a má compreensão da questão da ideologia de gênero.

O Relator, decide por:

(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.⁶¹

Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 19 de dezembro de 2013. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 15 set. 2019.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **ADO nº 26**, 1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 19 de dezembro de 2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em 15 set. 2019.

Sustenta ele que o Supremo Tribunal Federal é guardião da ordem constitucional por deliberação soberana da própria Assembleia Nacional Constituinte, e que, dessa maneira, cabe ao STF reafirmar o seu respeito e apreço ao “ao texto sagrado da Constituição democrática do Brasil”⁶². Em consequência, cabe aos Ministros o dever de zelar pela integridade dos Direitos Fundamentais de todas as pessoas, além de repelir condutas governamentais abusivas.

Sobre a possibilidade da tomada de decisão pelo STF de criminalizar a prática homotransfóbica ultrapassar os limites do Princípio da Separação dos Poderes, ele insurge que

O Supremo Tribunal Federal desempenha as suas funções institucionais e exerce a jurisdição que lhe é inerente de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição, pois esta Corte Suprema não tolera a prepotência dos governantes, não admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos Poderes da República, nem se curva a pressões advindas de grupos sociais majoritários que buscam impor exclusões e negar direitos a grupos vulneráveis. [...] O Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.⁶³

Em momento algum o Ministro atribui responsabilidade aos Movimentos Sociais pelos direitos homossexuais e reforça por muitas vezes ao longo de seu voto que a discussão paira no limite entre civilização e barbárie e que cabe ao STF.

Fazer prevalecer, em toda a sua grandeza moral, a essencial e inalienável dignidade das pessoas, em solene reconhecimento de que, acima da estupidez humana, acima da insensibilidade moral, acima das distorções ideológicas, acima das pulsões irracionais e acima da degradação torpe dos valores que estruturam a ordem democrática, deverão sempre preponderar os princípios que exaltam e reafirmam a superioridade ética dos direitos humanos, cuja integridade será preservada, aqui e agora, em prol de todos os cidadãos e em respeito à orientação sexual e à identidade de gênero de cada pessoa que vive sob a égide dos postulados que informam o próprio conceito de República.⁶⁴

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **ADO nº 26**, 1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 19 de dezembro de 2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em 15 set. 2019. p. 149.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **ADO nº 26**, 1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 19 de dezembro de 2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em 15 set. 2019. p. 151.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **ADO nº 26**, 1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 19 de dezembro de 2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em 15 set. 2019. p. 152.

O ministro Edson Fachin, relator do MI 4733, logo ao início de seu voto apresenta cinco premissas diferentes norteadoras de seu discurso:

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, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado 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.⁶⁵

Em seguida, conclui a parte inicial de seu voto por julgar procedente o Mandado de Injunção para que seja reconhecida a mora inconstitucional do Congresso Nacional e para que seja estendida a tipificação prevista na Lei 7.716/90 no que diz respeito aos crimes de discriminação ou preconceito de raça, etnia, cor, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Acompanhando o voto do Ministro Relator, a Ministra Rosa Weber alegou, logo ao início de seu voto, que existem temas em que a palavra se impõe, e não o silêncio, sendo o caso em questão um deles. Para ela, a questão é urgente e os atos homotransfóbicos devem ser enquadrados na lei de racismo. No mesmo sentido votou o Ministro Luiz Fux, que apresentou os dados levantados pelo Grupo Gay da Bahia (GGB). Para ele, a situação da minoria LGBT vai além das violências físicas e psicológicas, mas diz ser necessária a inserção deste grupo na sociedade por meio do respeito recíproco.

A Ministra Carmen Lúcia, que também acompanhou o voto dos Ministros Relatores, destacou que o papel do Direito é respeitar a individualidade de cada um, e igualar, em direitos, a dignidade que é própria de todo ser humano, consoante ao Princípio da Igualdade e Isonomia e no mesmo sentido se posicionou o Ministro Marco Aurélio.

O Ministro Luís Roberto Barroso sustentou que a criação primária de leis é de responsabilidade do Poder Legislativo, entretanto, em situação de injustificada e

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **ADO nº 26**, 1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 19 de dezembro de 2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/MI4733.pdf>. Acesso em 15 set. 2019. p. 1.

inconstitucional omissão, o STF deve sanar tal falha e que o agir positivo do Poder Judiciário não fere o Princípio da Separação de Poderes.

Assim como o Relator da ADI nº 26, nada é falado sobre a luta dos Movimentos Homossexuais, ou mesmo sobre suas conquistas e obstáculos. O Ministro ressalta o grande aumento da violência contra os grupos LGBT e o grande perigo que aqueles que os apoiam sofrem, dizendo que “Ainda mais preocupante, as pessoas que defendem os direitos das pessoas LGBTI também estão sob maiores riscos”⁶⁶

O Ministro Vogal, Ricardo Lewandowski, foi o primeiro a dar parcial provimento a demanda abrindo a divergência ao posicionamento majoritário da Corte. Para ele, a extensão do tipo penal de racismo atenta contra o princípio da reserva legal, o qual constitui fundamental garantia para os cidadãos, dessa forma, reconhece a mora legislativa e pede pela ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias.

Ressalta o Ministro que o reconhecimento da mora legislativa é essencial, visto ser inadmissível a expectativa de vida de pessoa transexual ser da metade da média nacional, 35 anos⁶⁷. Em seu voto, muitas foram as passagens e citações de jurisprudências e doutrinas que rechaçam as práticas preconceituosas e racistas, entretanto, nada foi falado sobre o Movimento Homossexual ou sobre a luta LGBT.

Faço esse relato para realçar como a engrenagem jurídica tem se mostrado instrumental na construção de dinâmicas opressoras de grupos sistematicamente privados de direitos, bem como para ressaltar a urgência de se inverter diametralmente essa tendência. Para tanto, punir criminalmente a homofobia e a transfobia é simbólico, e é, segundo penso, apenas um primeiro passo.⁶⁸

Acompanhando o posicionamento divergente, o Ministro Presidente, José Antonio Dias Toffoli afirma que desde o início do julgamento do caso, o Legislativo se mobilizou e o número de agressões diminuiu, entretanto, nenhum documento comprobatório de

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **ADO nº 26**, 1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 19 de dezembro de 2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/MI4733.pdf>. Acesso em 15 set. 2019. p. 7.

⁶⁷ BORTONI, Larissa. “**Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional**”. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especialcidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>. Acesso em 12 fev. 2019.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **ADO nº 26**, 1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 19 de dezembro de 2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>. Acesso em 15 set. 2019. p. 12.

tal alegação foi apresentado. Além disso, demonstrou grande desconforto em identificar que 10% das sessões do primeiro semestre do ano de 2019 foram dedicados ao tema.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, faz grandes menções ao Direito Alemão, sustentando o ponto de que o preconceito, qualquer que seja sua modalidade ou seu objetivo, deve ser duramente punido, mesmo porque tal prática é criticada pela própria Constituição Federal. Em seu voto, diz que a omissão alegada na peça inaugural é extremamente relevante para o cenário jurídico atual.

As pretensões autorais consubstanciadas tanto na ADO quanto no MI veiculam imputação grave que de fato merece cuidadosa análise por parte do Supremo Tribunal Federal. Trata-se da alegação de que a mora legislativa impugnada tem contribuído para a exposição e sujeição de homossexuais, transgêneros e outras minorias a um quadro reiterado de violações de direitos individuais. Tais violações se concretizariam de múltiplas formas, desde atos de ameaça e ofensas que atingem a honra e a dignidade até atos de violência física que atentam diretamente contra a vida.⁶⁹

Assim como o Ministro Relator, Gilmar Mendes defende a atuação do Superior Tribunal Federal como guardião do texto constitucional e sustenta que o agir não configura usurpação de competências dos demais poderes. Não diferente dos votos proferidos anteriormente, nada foi falado sobre os Movimentos Sociais, em especial ao Movimento Homossexual.

O Ministro Alexandre de Moraes, acompanhando o voto do Ministro Relator, vota no sentido de conhecer parcialmente a ADO e julgá-la parcialmente procedente para:

1) DECLARAR, nos termos do § 2º, do artigo 103 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade por omissão do CONGRESSO NACIONAL, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, conseqüentemente, o estado de mora inconstitucional e determinando que seja cientificado para a colmatação do estado de mora constitucional. 2) VOTAR, para conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional.⁷⁰

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **ADO nº 26**, 1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 19 de dezembro de 2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-voto-homofobia.pdf>. Acesso em 15 set. 2019. p. 4.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **ADO nº 26**, 1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 19 de dezembro de 2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/ado-26-voto-alexandre-moraes.pdf>. Acesso em 15 set. 2019. p. 48.

Da mesma maneira que nos dez votos anteriores, o Movimento Homossexual não foi citado, não sendo identificado como componente essencial da atual conquista para o grupo LGBT.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede das ações de Controle Concentrado, ADO 26 e MI 4733 foi encarada pela mídia e pela maior parte dos juristas como um marco histórico para o Ativismo Judicial, sendo apontado como uma das maiores conquistas para a comunidade LGBT. De fato, a conquista é louvável, pois diante das estatísticas apresentadas pelo Grupo Gay da Bahia (GGB) a atividade positiva do Estado faz-se necessária.

Ocorre que, o foco do julgamento como um todo foi voltado para a necessidade de posicionamento do STF quanto a Separação dos Poderes e a usurpação de competências das funções do Poder Judiciário, deixando de lado um dos fatores mais relevantes para toda a problemática: o protagonismo dos Movimentos Homossexuais. De acordo com o explorado ao longo do presente artigo, inúmeras foram as lutas do Movimento Social que busca, até os dias atuais, a inserção da comunidade LGBT na pauta do Poder Público de forma significativa, sendo constante a busca pelos direitos constitucionalmente garantidos, mas não usufruídos na prática.

Importante destacar que o resultado da presente votação é, assim como a maior parte das conquistas do Movimento Homossexual, no que diz respeito ao agir positivo do Estado, de certa maneira, uma miragem simbólica, pois apresenta-se como trunfo para um grupo minoritário que luta para a construção de uma sociedade mais inclusiva, entretanto a criminalização das práticas homotransfóbicas por meio de acórdão proferido pelo STF não garante proteção à comunidade LGBT, mesmo porque a ausência de um quadro normativo de proteção explícita à população LGBT contribui para a perpetração da homofobia.

A verdade é que há muito o que se avançar nos direitos homossexuais, e que toda e qualquer conquista representa um passo vitorioso, mas há de se levar em consideração que os louros de tais conquistas devem ser direcionados aos esforços despendidos pelos Movimentos Sociais dos grupos LGBT que, desde o início do século passado dedicam-se para fazer uso dos seus direitos que aparecem no papel da Constituição Federal, mas que estão apagados no cotidiano dos indivíduos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Gil, A caixa preta do STF: por que o tribunal julga o que quer quando quer? *El País*. São Paulo, 17 jul. 2016. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/10/politica/1465591620_578341.html. Acesso 20 set. 2019.

ALVES, Fernando de Brito. MACHADO, Edinilson Donisete. Democracia e judicialização da política – problematizando as decisões judiciais sobre direitos sociais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 3, p.13-46, dez. 2016

ALVES JUNIOR., Luís Carlos Martins, O ativismo judicial da “República togada” e o princípio da legalidade na “democracia parlamentar”: uma breve análise crítica acerca de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, sob as luzes da separação dos Poderes e da soberania popular, **International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, Colombia, v. 27, p. 167-198, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n27/n27a06.pdf>. Acesso em 15 jun. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Rio de Janeiro, n. 15, p. 83-103, 2007. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/43620/44697>. Acesso em 15 jun. 2019.

BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, Madrid, p. 17-32, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 12, p. 3-41, fev./maio, 2010.

BETIM, Felipe, O controle da pauta é o que há de mais autoritário no Supremo, **El País**. São Paulo, 25 jun. 2019. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/23/politica/1561300934_564924.html. Acesso 20 set. 2019.

BORTONI, Larissa. “**Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional**”. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especialcidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>. Acesso em 12 fev. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o

Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.063 de 27 de outubro de 2009**. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm - art1. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **ADO nº 26**, 1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 19 de dezembro de 2013. Disponível em
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/MI4733.pdf>. Acesso em 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **ADO nº 26**, 1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 19 de dezembro de 2013. Disponível em
<https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-voto-homofobia.pdf>. Acesso em 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **ADO nº 26**, 1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 19 de dezembro de 2013. Disponível em
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>. Acesso em 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **ADO nº 26**, 1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 19 de dezembro de 2013. Disponível em
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em 15 set. 2019.

BRITO, Alexandre Magno Maciel Costa e. **O lamião da esquina: uma voz homossexual no Brasil em tempos de fúria (1978-1981)**. 2016. p. 5. il. Dissertação (Mestrado em História)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em
http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21357/1/2016_AlexandreMagnoMacielCostaeBrito.pdf. Acesso em 20 set. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CERQUEIRA NETO, José Nunes de. **Como pensam os Ministros do STF? direito, política e guarda da constituição no pós-1988**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

DOMINGUES, Maria de Fátima. **Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais**. Disponível <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a62567b46de3c8ef>.

FACCHINI, Regina. Histórico da luta de LGBT no Brasil, Conselho Regional de Psicologia de São Paulo CRPSP. **Caderno Temático Psicologia e Diversidade Sexual**. N. 11. p. 10-19 São Paulo. 2011. Disponível em http://www.crsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/11/frames/caderno_tematico_11.pdf. Acesso 20 set. 2019.

FACCHINI, Regina. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. **Cadernos Arquivo Edgard Leuenroth (UNICAMP)**, Campinas, v. 10, n.18/19, p. 79-123, 2003.

FERRARI, Anderson. Revisando o passado e construindo o presente: o movimento gay como espaço educativo. **Rev. Brasileira de Educação**. N. 25. Juiz de Fora. Jan./fev. 2003.

GALANTER, Marc. “*Why the ‘Haves’ Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*”, **Law & Society Review**, Nova Iorque, v. 9, nº 1. 1974.

HENRIQUES, Cristina Giudice Batista. A Nova Interpretação do Mandado de Injunção pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista CEJ**, Brasília, Ano 14, n. 48, p. 14-25, jan./mar. 2010.

MELUCCI, Alberto. Um objetivo para os movimentos sociais? **Revista Lua Nova** nº. 17. São Paulo: CEDEC. 1989. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451989000200004. Acesso em 18 set. 2019.

MENDES, Wallace, LS Raphael, RIBEIRO, Deco. Mortes Violentas de LGBT+ no Brasil, **Relatório 2018 – Grupo Gay da Bahia – GGB**. Disponível em <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/01/relatorio-2018-1.pdf>. Acesso em 20 set. 2019.

SANTOS, Clara da Mota. **Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua "objetivação"**. 2013. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em <http://repositorio.unb.br/handle/10482/13900>. Acesso em 20 ago. 2019.

SCHERER-WARREN, Ilse. Das mobilizações às redes de movimentos sociais. **Rev. Sociedade e Estado**, Brasília, v. 21, n.1, p. 109-130, jan./abr. 2006.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Direito como liberdade: **o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito**. 2008. 338 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em <http://repositorio.unb.br/handle/10482/140>. Acesso em 20 set. 2019

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; FONSECA, Livia Gimenes Dias da. O constitucionalismo achado na rua: uma proposta de decolonização do Direito. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2882-2902, out./dez. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000402882&lng=en&nrm=iso. Acesso 9 ago. 2018. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/31218>.

SOUSA JUNIOR. José Geraldo et al (org.). Introdução Crítica ao Direito à Saúde, **Série O Direito Achado na Rua, vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008**. Disponível em <http://prodisa.fiocruz.br/publi/O%20Direito%20Achado%20na%20Rua.pdf>. Acesso em 20 set. 2019.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Soc., São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 set. 2010.

KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges., Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última paliara e o diálogo. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 77, p. 707-731. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_asttext&pid=S2177-70552015000200107&lng=en&nrm=isso. Acesso 17 ago. 2019.

KOZICKI, Katia e QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da Política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, p. 59-86, jan./jun. 2012. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>. Acesso em 17 set. 2019.

WENDT, Valquiria P. Cirolini. **Os movimentos sociais dos homossexuais e a busca pela criminalização da homofobia: análise desde os dados estatísticos apontados pela mídia**. p. 16. 27 a 29 de maio de 2015 - Santa Maria. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-18.pdf>. Acesso em 320 set. 2019.