

**UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF**  
**VICE-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD**  
**CURSO DE MESTRADO EM DIREITO – PPGD**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO**

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO  
CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DA COMUNIDADE  
LGBTQIA+**

**GABRIEL DIL**

**UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF**  
**VICE-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD**  
**CURSO DE MESTRADO EM DIREITO – PPGD**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO**

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO  
CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DA COMUNIDADE  
LGBTQIA+**

**GABRIEL DIL**

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Direito da  
Universidade de Passo Fundo – UPF, como requisito parcial à  
obtenção do título de Mestre em Direito.

**Orientador: Professor Doutor Marcos Leite Garcia**

**Passo Fundo, maio de 2021**

## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus **Mentores Espirituais** e às **Forças Universais** que, mesmo diante de todas as adversidades, me deram forças para continuar sem sequer pensar em desistir.

Agradeço aos meus pais **João Dil** e **Ionara Dias Dil** por sempre terem apoiado os meus sonhos e por nunca terem duvidado da minha capacidade de conquistá-los. Sou grato a vocês por terem me ensinado o verdadeiro sentido de “força”. Agradeço por sempre terem mantido nossa família unida e por sempre me darem aquele empurrão: “filho, vai e faz, a gente dá um jeito”. Amo vocês.

Agradeço aos meus irmãos **Bruno Dil** e **Samuel Dil**, pelo amor, pela aceitação, pela parceria e pelas incontáveis chamadas telefônicas que fiz a eles para desabafar, tendo sempre a certeza de que neles eu encontraria palavras de ânimo e acolhimento para continuar firme nos meus objetivos.

Agradeço ao meu marido **Cristian Migliorini** que tem me feito companhia nessa árdua missão que é a vida adulta; por ser meu porto seguro nas horas difíceis; por ser a pessoa que vibra comigo nas minhas conquistas; por ter encarado a missão de construir uma vida comigo; pela paciência e compreensão nos vários momentos em que estive ausente; e por todo o amor que tem me dado. Sem você, as coisas teriam sido muito mais difíceis. Minha gratidão por tudo o que você significa pra mim. Te amo muito.

Agradeço às minhas filhas **Mimi**, **Frida** e a recém-chegada **Aurora**, por toda a companhia e “assistência” dentro do escritório por várias horas. Por me encherem de amor e por serem minhas companheiras nesta dura missão que é ser pesquisador durante a maior pandemia dos últimos 100 anos.

Agradeço à minha amiga **Dra. Gabriela Werner Oliveira**, que dentro da academia, foi a primeira pessoa a acreditar em mim, tendo me dado a oportunidade de ser seu monitor e orientando na graduação. Sou grato a ti por ser meu espelho e minha guia na academia. Agradeço ao universo por ter feito com que nossos caminhos se cruzassem nesta vida, pois sei que nossa conexão e nossa amizade está para além do cosmos. Agradeço por poder partilhar contigo as adversidades da vida e vibrar

contigo a cada conquista nossa. Você é especial. Te amo minha amiga.

Agradeço à minha amiga **Roberta Battisti Pereira** por ter me levantado nos momentos que precisei, por sempre me fazer lembrar do nosso valor e da nossa importância neste mundo. Nossa amizade é maior do que a distância entre Passo Fundo e São Paulo.

Agradeço ao Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto sensu* em Direito da Universidade de Passo Fundo, **Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho**, por ter sido meu referencial do que é ser um bom líder. Sou grato pela confiança que conferiu a mim durante o desenvolvimento das minhas atividades como bolsista, bem como pelas inúmeras discussões teóricas que muito contribuiu para que eu desenvolvesse minha pesquisa.

Agradeço ao meu orientador professor **Dr. Marcos Leite Garcia** por ter acreditado na minha pesquisa, por ter compartilhado comigo o seu tempo, seu conhecimento e sua amizade. Agradeço pelas várias horas de conversas, e de orientações que ocorreram de forma virtual - devido aos percalços pandêmicos que temos enfrentado -, mas que em nada prejudicaram o desenvolvimento da minha pesquisa. Não tenho palavras para expressar a minha admiração ao profissional e a pessoa tão incrível que és. Posso afirmar que me identifiquei muito com o senhor e que vi em ti a mesma indignação que tenho com as desigualdades e com as violações de direitos fundamentais em nosso tempo. Aprendi contigo o verdadeiro significado do que é ser um grande mestre. Jamais esquecerei!

Agradeço aos meus colegas bolsistas por terem dividido comigo as angústias e as felicidades que marcam a trajetória acadêmica de todo mestrando brasileiro. Sem vocês, as coisas teriam sido muito mais difíceis.

Agradeço à secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto sensu* Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, na pessoa da **Fernanda Tarnowsky**, que sempre estendeu a mão para me ajudar e me auxiliar no desenvolvimento das minhas atividades. Gratidão por ter sido uma amiga muito querida durante todo esse período.

Agradeço à **CAPES** (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de

Nível Superior) pela concessão da bolsa durante todo o período de realização deste mestrado.

Agradeço à **Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo** por ter sido um divisor de águas na minha vida enquanto graduando em 2013, e por novamente ser a Instituição que foi meio para que eu conseguisse alcançar mais uma etapa da minha vida profissional.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico esse trabalho aos meus pais João e Ionara, que são duas pessoas extremamente brilhantes, que não tiveram a oportunidade de estudar e mesmo assim, abriram mão de tudo e empenharam todos os seus esforços para priorizar a realização dos meus sonhos e dos meus estudos. Sem eles, nada do que sou hoje seria possível.

*Sísifo*

*Recomeça...  
Se puderes  
Sem angústia  
E sem pressa.  
E os passos que deres,  
Nesse caminho duro  
Do futuro  
Dá-os em liberdade.  
Enquanto não alcances  
Não descanses.  
De nenhum fruto queiras só metade.*

*E, nunca saciado,  
Vai colhendo ilusões sucessivas no pomar.  
Sempre a sonhar e vendo  
O logro da aventura.  
És homem, não te esqueças!  
Só é tua a loucura  
Onde, com lucidez, te reconheças...*

Miguel Torga, Diário XIII

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Passo Fundo-RS, maio de 2021

**Gabriel Dil**  
**Mestrando**



**PÁGINA DE APROVAÇÃO**  
**(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPGD/UPF)**

# SUMÁRIO

RESUMO.....	p. 11
RESUMEN.....	p. 12
INTRODUÇÃO.....	p. 13
<b>1 O DIREITO DAS MINORIAS COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....</b>	<b>p. 16</b>
1.1 A HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE: DA ANTIGUIDADE ATÉ A ATUALIDADE.....	p. 16
1.2 AS MINORIAS SEXUAIS COMO TITULARES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	p. 29
1.3. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS SEXUAIS.....	p. 40
1.4. A AUSÊNCIA DE UMA CULTURA CONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	p. 48
<b>2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ACOLHIMENTO DAS PAUTAS LGBTQIA+.....</b>	<b>p. 58</b>
2.1 A DEMOCRACIA BRASILEIRA E AS MINORIAS SEXUAIS COMO “BODE EXPIATÓRIO” DAS MAIORIAS.....	p. 58
2.2 O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS SEXUAIS.....	p. 66
2.3 O ATIVISMO JUDICIAL NAS DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS E EMANCIPATÓRIAS.....	p. 78
2.4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO VIA SUBSIDIÁRIA PARA O RECONHECIMENTO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS OMITIDOS PELOS DEMAIS PODERES.....	p. 84
<b>3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS DA POPULAÇÃO LGBTQIA+ EM RAZÃO DA MORA DO PODER LEGISLATIVO E DA INCONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS DO PODER EXECUTIVO.....</b>	<b>p. 93</b>
3.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DAS MINORIAS SEXUAIS.....	p. 93
3.2 O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO INSTITUTO JURÍDICO PELA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 132 E PELA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.277.....	p. 102
3.3 O MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO EXERCÍCIO HERMENÊUTICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	p. 113
3.4 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS QUE VEDAVAM A DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DILIGENTE EM NOME DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	p. 122
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>p. 134</b>
<b>REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....</b>	<b>p. 137</b>

## RESUMO

A presente dissertação visa analisar a atuação da Suprema Corte brasileira no reconhecimento de direitos da comunidade LGBTQIA+ diante da omissão inconstitucional do Poder Legislativo. Para o desenvolvimento desta dissertação, na fase de investigação, utilizou-se do método hipotético-dedutivo com abordagem qualitativa. Quanto as técnicas de procedimento, estas foram a bibliográfica e documental, com utilização de embasamentos teóricos para explicar as circunstâncias levantadas. Desta forma, a presente pesquisa foi desenvolvida na linha de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia. Para tanto, o primeiro capítulo trata da história da homoafetividade e também apresenta as minorias sexuais como titulares de direitos fundamentais protegidas pela Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988. Por conseguinte, disserta-se sobre a ausência de uma cultura constitucional no Brasil como óbice da efetivação da dignidade da pessoa humana aos LGBTQIA+. O segundo capítulo versa sobre a jurisdição constitucional como via subsidiária para o reconhecimento de direitos da comunidade LGBTQIA+, à luz do constitucionalismo democrático. Nesse sentido, o último capítulo elenca a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional de proteção das minorias sexuais, com uma análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em que se reconheceram direitos e repararam equívocos normativos discriminatórios que violavam a dignidade da pessoa humana dos LGBTQIA+. Conclui-se que os direitos LGBTQIA+ reconhecidos pelo Poder Judiciário brasileiro fortalecem o Estado Democrático de Direito e não afrontam a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, uma vez que as interpretações exaradas pelo Supremo Tribunal Federal foram proferidas pelos próprios meios constitucionais vigentes, e em nome do princípio da dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, ressalta-se que, a judicialização desses temas, não visa substituir a via legislativa, mas sim funcionar como um instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana das minorias sexuais, enquanto estas permanecem invisíveis pela maioria dos parlamentares brasileiros.

**Palavras-chave:** Comunidade LGBTQIA+; Dignidade da Pessoa Humana; Direitos Fundamentais; Jurisdição Constitucional; Supremo Tribunal Federal;

## RESUMEN

Esta disertación tiene como objetivo analizar el papel de la Corte Suprema de Brasil en el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBTQIA + frente a la omisión inconstitucional del Poder Legislativo. Para el desarrollo de esta tesis, en la fase de investigación, se utilizó el método hipotético-deductivo con enfoque cualitativo. En cuanto a las técnicas procedimentales, estas fueron las bibliográficas y documentales, con el uso de fundamentos teóricos para explicar las circunstancias planteadas. De esta manera, la presente investigación se desarrolló en la línea de investigación Jurisdicción Constitucional y Democracia. A tal efecto, el primer capítulo trata de la historia del homoafecto y también presenta a las minorías sexuales como titulares de derechos fundamentales amparados por la Constitución de la República Federativa de Brasil promulgada en 1988. En consecuencia, se discute la ausencia de una cultura constitucional en Brasil como obstáculo para la realización de la dignidad de la persona humana para LGBTQIA +. El segundo capítulo trata de la jurisdicción constitucional como vía subsidiaria para el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBTQIA+, a la luz del constitucionalismo democrático. En este sentido, el último capítulo enlista la dignidad de la persona humana como principio constitucional de protección de las minorías sexuales, con un análisis de las decisiones dictadas por la Suprema Corte Federal en las que se reconocieron derechos y reparó los errores normativos discriminatorios que vulneraron la condición humana de la comunidad LGBTQIA+. Se concluye que los derechos LGBTQIA+ reconocidos por el Poder Judicial brasileño fortalecen el Estado Democrático de Derecho y no confrontan la Constitución de la República Federativa de Brasil promulgada en 1988, ya que las interpretaciones hechas por la Suprema Corte Federal fueron dadas por los actuales medios constitucionales, y en nombre del principio de la dignidad de la persona humana. Por ello, se enfatiza que la judicialización de estos temas no pretende reemplazar la vía legislativa, sino funcionar como un instrumento para proteger la dignidad de la persona humana frente a las minorías sexuales, mientras estas permanecen invisibles para la mayoría de los parlamentarios brasileños.

**Palabras claves:** Comunidad LGBTQIA +; Derechos fundamentales; Dignidad de la persona humana; Jurisdicción Constitucional; Supremo Tribunal Federal;

## INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do Título de Mestre em Direito pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Direito – vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – PPGD – da Universidade de Passo Fundo.

O seu objetivo científico é analisar a importância da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal no reconhecimento de direitos e na proteção da comunidade LGBTQIA+, considerando a omissão inconstitucional dos demais Poderes, a fim de garantir a dignidade humana das minorias sexuais. Sendo assim, verificar-se-á a legitimidade do Poder Judiciário para o reconhecimento de direitos da população LGBTQIA+, em nome do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) A judicialização das demandas da comunidade LGBTQIA+ é forma legítima/constitucional de se garantir/efetivar direitos silentes pela legislação infraconstitucional.

b) A inexistência de legislação que discorra acerca dos direitos da comunidade LGBTQIA+ possibilita a deliberação e garantia desses direitos pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, a mora/omissão legislativa pode ser sanada pela hermenêutica constitucional desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal.

c) Ao declarar direitos da comunidade LGBTQIA+ omissos na legislação, estaria o Poder Judiciário exorbitando suas atribuições e atuando fora dos seus limites dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com a história da homossexualidade, tendo-se que há registros de que desde a antiguidade as relações homoafetivas se fizeram presentes, sendo que em algumas civilizações a relação entre pares do mesmo sexo foram mais ou menos tolerada. Posteriormente, discorre-se sobre as minorias sexuais como titulares de direitos fundamentais, as quais encontram-se protegidas pela

Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988. Ainda, disserta-se sobre a ausência de uma cultura constitucional no Brasil, que acaba por impedir a efetivação do respeito, da alteridade e do reconhecimento de direitos das pessoas LGBTQIA+ pelos demais indivíduos que compõem a sociedade brasileira.

O Capítulo 2 trata de conceitos relacionados a democracia brasileira e sua respectiva fragilidade, diante do discurso reacionário utilizado por determinadas lideranças políticas que colocam as minorias sexuais como “bode expiatório” das maiorias. Além disso, trata-se da atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+, por meio da jurisdição constitucional. Também, refere-se ao papel iluminista e emancipatório das decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira, no que tange ao reconhecimento de direitos das minorias sexuais que historicamente são invisíveis pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

O Capítulo 3 dedica-se a demonstrar o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional de proteção das minorias sexuais. Nessa direção, demonstra-se a judicialização das demandas da população LGBTQIA+, em razão da mora inconstitucional do Poder Legislativo e da inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo Poder Executivo. Cuida-se de analisar pormenorizadamente os casos em que a jurisdição constitucional, por intermédio do Supremo Tribunal Federal, em estrito cumprimento de seu dever legal, reconheceu a união homoafetiva como instituto jurídico por meio da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Também, analisa-se a desídia do parlamento brasileiro em criminalizar a homotransfobia, e o mandado de criminalização da homotransfobia proferido pela Suprema Corte brasileira no exercício hermenêutico da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988. Ainda, avalia-se a declaração de inconstitucionalidade das portarias normativas que impediam homossexuais de doarem sangue, tendo o Supremo Tribunal Federal considerado os critérios utilizados pelas autoridades sanitárias como discriminatórias e inconstitucionais.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a legitimidade do Poder

Judiciário reconhecer e efetivar direitos omissos pelos demais Poderes da República.

O Método a ser utilizado na fase de investigação será o hipotético-dedutivo com abordagem qualitativa. No que tange as técnicas de procedimento da mesma, estas serão bibliográfica e documental, sempre utilizando embasamentos teóricos para explicar as circunstâncias que estão sendo levantadas. Ainda, serão levados em consideração os fatos e acontecimentos históricos da comunidade LGBTQIA+ que incorreram em conquista e garantia de direitos dentro do constitucionalismo latino-americano nas últimas décadas.

Ainda, far-se-á uma investigação a partir de jurisprudências, trabalhos e estudos já realizados nesta temática, a fim de elucidar a influencia e o poder da comunidade LGBTQIA+, no que tange a interpretação constitucional, objetivando estabelecer uma sociedade mais justa e democrática.

## CAPÍTULO 1

### O DIREITO DAS MINORIAS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

#### 1.1 A HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE: DA ANTIGUIDADE ATÉ A ATUALIDADE

Preliminarmente, é importante realizar uma breve análise histórica acerca das relações homoafetivas e os diferentes tratamentos que essas interações humanas receberam de acordo com a época e a localização em que aconteceram. Nesse sentido, destaca-se que a homossexualidade é tão antiga quanto a heterossexualidade. No entanto, em alguns períodos ao longo da história da humanidade, a homossexualidade foi mais, ou menos tolerada, mas nunca deixou de existir<sup>1</sup>.

Os registros históricos revelam que a homossexualidade foi condição vivenciada pelas antigas civilizações e entre os muitos povos selvagens, uma vez que a relação entre pessoas do mesmo sexo, mais especificamente entre homens, “era conhecida e praticada pelos romanos, egípcios, gregos e assírios”<sup>2</sup>. Além disso, a homossexualidade foi vinculada “à religião e à carreira militar, pois era atribuída aos deuses *Horus* e *Set*, que representavam a homossexualidade e as virtudes militares entre os cartagineses, dórios, citas, mais tarde alcançando os normandos”<sup>3</sup>.

Em suma, o amor entre dois homens foi prática constante e aceita nas sociedades primitivas, de modo que um homem mais velho se relacionava com um homem mais jovem. Esse formato de relação se fundava na crença de que o homem

---

<sup>1</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. 3ª ed. Bauru/SP: Editora Spessotto, 2019. p. 65.

<sup>2</sup> MARIN, Jeferson Dytz. **Princípio da liberdade de orientação sexual**: Gênero, Identidade e Democratização do Afeto. Curitiba/PR: Editora Juruá, 2015. p. 76.

<sup>3</sup> MARIN, Jeferson Dytz. **Princípio da liberdade de orientação sexual**: Gênero, Identidade e Democratização do Afeto. p. 76.



mais jovem precisava se relacionar sexualmente com um homem mais velho, a fim de alcançar a sua masculinidade e a sua fertilidade<sup>4</sup>.

Ainda, nas civilizações clássicas do mundo antigo, especificamente na Babilônia, a sociedade não dava importância à sexualidade do indivíduo e com quem este se relacionava, se homo ou hétero, mas sim importava o *status* social e o papel sexual que o sujeito ocupava dentro da relação. Em outras palavras, havia preocupação tão somente se o sujeito assumia o papel de ativo/passivo durante o ato sexual, bem como se a pessoa com quem se relacionava detinha, ou não, uma elevada posição social<sup>5</sup>.

A pederastia era institucionalizada na Grécia Clássica. Se acreditava que durante o ato sexual entre dois homens, havia transmissão de conhecimento do homem mais velho ao homem mais jovem. Na cidade-estado de Atenas era natural que os efebos (adolescentes-aprendizes) “prestassem favores sexuais aos preceptores (tutores) em busca de sabedoria e conhecimento”<sup>6</sup>. O “adolescente-aprendiz” permanecia na condição de passivo, enquanto o seu preceptor era o ativo da relação.

No entanto, era desprezível o homem adulto que permanecesse como passivo na relação sexual. Findada a adolescência, o homem já considerado adulto não podia continuar ocupando o papel de passivo na relação sexual com outro homem. Outrossim, friza-se que não se condenava o amor masculino, mas tão somente a sexualidade passiva. A conduta passiva remetia à feminilidade, “e o homem que assim agisse era visto como alguém que abria mão de sua masculinidade, sendo assim equiparado às mulheres como um ‘cidadão de segunda classe’”<sup>7</sup>.

Embora fosse permitida essa modalidade de relação entre dois homens, não era permitido que o passivo sentisse prazer com o ato, em razão da masculinidade viril supervalorizada pelos gregos, “donde, sem ter uma postura fria, deveria ter uma

---

<sup>4</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p. 66.

<sup>5</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p. 66-67.

<sup>6</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p. 68

<sup>7</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p. 69

postura de reconhecimento, admiração ou afeição, mas nunca sentir prazer por isso, sob pena de repreensão moral”<sup>8</sup>. Dessa forma, quando o efebo atingia idade adulta, ele deixava de se relacionar sexualmente com o erasta e mantinha com este somente uma relação de amizade.

A cultura grega não entendia os ideais de orientação sexual (hétero, homo, bissexual) como identificadores sociais, o que a difere da cultura Ocidental moderna. Reitera-se que os gregos não diferenciavam os sujeitos em razão do gênero com quem mantinham relações amorosas, mas sim “em função do papel que cada um desempenhava no ato erótico: quem penetrava e quem era penetrado.”<sup>9</sup>. No mundo grego, as relações eróticas entre os parceiros podiam ser caracterizadas como um ato hierárquico e de poder, que se dividiam entre duas categorias, o papel ativo e o passivo<sup>10</sup>.

Isso implicava que cidadãos masculinos adultos, os quais exerciam papel político ativo, podiam ter relações eróticas legítimas, exercendo obrigatoriamente o papel erótico ativo, com pessoas de status sociopolítico inferior, ou seja, mulheres, garotos, estrangeiros ou escravos, os quais não possuíam participação política direta<sup>11</sup>.

Ademais, o amor e a beleza eram elementos hipervalorizados na Grécia Antiga, o que favorecia e tornava “muito comum o relacionamento homossexual entre jovens e seus mentores.”. No entanto, em Atenas, somente se tolerava a prática da pederastia, que consistia no amor de um homem por um adolescente<sup>12</sup>. Nessa acepção, salienta Jeferson Dytz Marin que:

Na mitologia grega sabe-se também que os deuses e deusas eram adeptos da homossexualidade. Não somente em Atenas, mas também em Esparta, onde a educação das crianças era voltada somente para a guerra, a homossexualidade era bastante comum, alcançando, entretanto, um sentido diferente do que tinha na cidade de Atenas. Além das relações de pederastia, eram estimuladas as relações entre os componentes do exército pelo fato de acreditarem que um amante, além de lutar, jamais abandonaria o outro no campo de batalha<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**. p. 77.

<sup>9</sup> BARBO, Daniel. **Homossexualidade e pailerastia em Thomas Mann**. Calíope: Presença Clássica, Rio de Janeiro, n. 28, p. 48-66. 2014. p. 53.

<sup>10</sup> BARBO, Daniel. **Homossexualidade e pailerastia em Thomas Mann**. p. 53.

<sup>11</sup> BARBO, Daniel. **Homossexualidade e pailerastia em Thomas Mann**. p. 54.

<sup>12</sup> MARIN, Jeferson Dytz. **Princípio da liberdade de orientação sexual: Gênero, Identidade e Democratização do Afeto**. p. 79.

<sup>13</sup> MARIN, Jeferson Dytz. **Princípio da liberdade de orientação sexual: Gênero, Identidade e Democratização do Afeto**. p. 80.

Ao contrário da Grécia, na sociedade romana a homossexualidade era exercida de uma forma diferente. O homem romano era educado para ser bissexual, bem como educava e encaminhava seus filhos homens nesta direção. Explica-se que tal comportamento se devia ao fato de que, o homem romano, o cidadão romano, antes de qualquer coisa, era instigado a ser um dominador. Essa dominação devia ser exercida aonde estivesse e sempre que possível, tanto na guerra, como na política. No ceio da família, o homem era tratado como o mestre absoluto, detentor de poder sobre a vida de sua esposa, de seus filhos e dos seus escravos<sup>14</sup>.

Não bastava ao homem romano exercer a dominação tão somente sobre a sua mulher. Sua ideia de dominação recaía sobre o ideal de “dominar o mundo”. A propósito, a professora Eva Cantarella, profunda conhecedora da sexualidade da antiguidade grega e romana, se refere ao homem romano como um homem de uma sexualidade prepotente e arrogante. No que tange a bissexualidade do homem romano, ressalta-se que existia o costume de sodomizar: escravos – tanto os mantidos em casa, quanto os já libertos –; inimigos derrotados; homens jovens de classes inferiores; e prostitutas. Em síntese, a sexualidade do homem romano era uma sexualidade depredadora<sup>15</sup>.

Igualmente, o homem romano jamais deveria ser passivo na cama com outro homem. Em síntese, o órgão sexual de um homem romano teria três usos bem diferentes. Quais sejam: procriar, sentir prazer e impor seu domínio sobre os demais. A bissexualidade não era exercida pelo prazer, mas sim por motivos políticos e culturais como imposição de poder<sup>16</sup>.

Ao contrário, no mundo grego a homossexualidade era basicamente “educativa”: um homem jovem teria como “mestre” um homem maduro e a iniciação sexual do jovem com o mestre, tinha a homossexualidade como o caminho para alcançar a virilidade, e receber ensinamentos de vida. No entanto, conforme já explicitado anteriormente, a relação devia terminar quando o homem jovem

---

<sup>14</sup> ANGELA, Alberto. **Amor y sexo en la antigua Roma**. Traducción del italiano: Alejandro Pradera. Madrid: La esfera de los libros, 2015. p. 69.

<sup>15</sup> ANGELA, Alberto. **Amor y sexo en la antigua Roma**. p. 69-71.

<sup>16</sup> ANGELA, Alberto. **Amor y sexo en la antigua Roma**. p. 71.

começasse a ter pelos. Se a pederastia continuasse após o jovem passar para a fase adulta, essa relação era duramente condenada<sup>17</sup>.

Para os romanos, a homossexualidade masculina era punitiva: se sodomizava os prisioneiros, os inimigos, os escravos e os estrangeiros para dominá-los. Se subjugava a virilidade alheia. Era uma manifestação de poder e domínio, não de prazer. Por outro lado, enquanto se aceitava a homossexualidade masculina (ainda que com algumas proibições), a homossexualidade feminina era rechaçada e absolutamente condenável em todas as suas manifestações<sup>18</sup>.

Assim pois, a homossexualidade feminina era vista como a pior das depravações em uma mulher. Na mentalidade de um homem romano, a homossexualidade feminina era considerada uma prática monstruosa e repugnante. Algum tempo depois, com a chegada do cristianismo, as coisas pioraram bastante. Entre as causas da ira divina contra os pagãos, citado por São Paulo, estava precisamente a homossexualidade das mulheres<sup>19</sup>.

Entretanto, “a partir de alguns séculos anteriores a Cristo, História e Religião passaram a se entrelaçar (o que perdurou até o final do século XIX), dada a inegável influência das religiões na vida humana”, mais especificamente com as crenças judaica e cristã no mundo ocidental<sup>20</sup>. Os judeus, que se consideravam o povo escolhido por Deus, rechaçavam qualquer comportamento que fosse contrário a tradição judaica. Ou seja, o modelo de pederastia institucionalizada, comumente praticada “entre os mais diversos povos do mundo antigo, não fazia parte da tradição judaica”, e por isso, o amor entre dois homens ou entre duas mulheres, não era aceito<sup>21</sup>.

Outrossim, com o aumento da influência cristã na sociedade, e após séculos de pregação religiosa no sentido de condenar as relações e o amor entre duas pessoas do mesmo sexo, consolidou-se no imaginário social uma moralidade homofóbica. A baixa expectativa de vida na Europa Ocidental foi um dos principais

---

<sup>17</sup> ANGELA, Alberto. **Amor y sexo en la antigua Roma**. p. 315.

<sup>18</sup> ANGELA, Alberto. **Amor y sexo en la antigua Roma**. p. 333 e 335-336.

<sup>19</sup> ANGELA, Alberto. **Amor y sexo en la antigua Roma**. p. 336.

<sup>20</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p. 82.

<sup>21</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p. 82.

fatores que levaram a condenação da homossexualidade, durante a ascensão do cristianismo, pois acreditava-se que as relações afetivas e sexuais objetivavam a reprodução humana, enquanto que as relações sexuais fora do matrimônio e com pessoas do mesmo sexo biológico eram rechaçadas, pois “ameaçavam” o ideal reprodutivo cristão<sup>22</sup>.

Aliado ao ideal cristão, a ocorrência da peste bubônica, que dizimou aproximadamente um terço da população europeia da época, foi considerado que a heterossexualidade deveria ser preponderante e qualquer “desvio” homossexual que não visasse a reprodução humana fosse condenado e rechaçado pelo Estado<sup>23</sup>. Diante disso, somado aos longos séculos de pregação homofóbica, as sociedades começaram a superar a cultura da pederastia, da sodomia e do amor por pessoas do mesmo sexo biológico, dando lugar para que uma cultura homofóbica fosse socialmente institucionalizada.

Na verdade, como a Igreja Católica Apostólica Romana só vê o ato sexual realizado dentro do casamento e com o único intuito da procriação como moralmente aceitável, passou a condenar toda e qualquer prática sexual que não se enquadrasse nesse conceito – apesar de sempre ter sido mais tolerante em suas condenações quando o ato em discussão era realizado entre um homem e uma mulher<sup>24</sup>.

A instituição jurídica de combate à heresia durante a Inquisição, “instituída em 1231 pelo papa Gregório IX” decretou que todas as relações sexuais que não ocorressem entre um homem e uma mulher deveriam ser punidas e consideradas como antinaturais. “Os leigos podiam ser excomungados e excluídos inteiramente da sociedade, sendo considerada a sodomia o maior dos crimes.”<sup>25</sup>.

Os ideais cristãos acompanharam os colonizadores na chegada às Américas e na relação com que estes desenvolveram com as tribos indígenas nativas. No que se refere ao Brasil, a homossexualidade já existia nesse “novo” território antes mesmo da colonização portuguesa. Em 1500, os colonizadores moldados pela ideologia cristã, se depararam com os relacionamentos homossexuais entre os índios

---

<sup>22</sup> SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma história**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999, p. 76.

<sup>23</sup> SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma história**. p. 76.

<sup>24</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**. p. 86.

<sup>25</sup> MARIN, Jeferson Dytz. **Princípio da liberdade de orientação sexual: Gênero, Identidade e Democratização do Afeto**. p. 83.

brasileiros. As relações eram recorrentes tanto entre dois homens, quanto entre duas mulheres<sup>26</sup>.

O historiador Abelardo Romero, apelidou os indígenas brasileiros de “devassos no paraíso”, em razão do teor das cartas que Pero Vaz de Caminha encaminhava ao rei de Portugal. A descrição de Caminha ao rei era de que se tinha descoberto um paraíso, onde habitavam pessoas de corpos formosos e que estes andavam despidos de suas vergonhas. “A verdade é que, entre os indígenas, os códigos sexuais nada tinham em comum com o puritanismo ocidental daquela época”<sup>27</sup>.

Entre os silvícolas era comum a prática da poligamia, tendo o viajante holandês Joan Nieuhof, “que visitou o Brasil no século XVII” afirmado que havia conhecido um cacique que tinha cerca de 50 esposas. Para além da poligamia, a ocorrência da sodomia<sup>28</sup> no paraíso tropical era fato que desagradava os colonizadores portugueses<sup>29</sup>.

Em 1859, ao viajar pelo Nordeste brasileiro, o pesquisador alemão Avéllallement tentava uma explicação ao escrever que entre índios botocudos, não havia homens e mulheres mas sim homens-mulheres e mulheres-homens, pois sua própria constituição física não variava muito de um sexo para o outro – ao contrário do sistema patriarcal-ocidental, responsável pelos padrões de força do homem e de fragilidade na mulher<sup>30</sup>.

Embora as relações homoafetivas entre os indígenas brasileiros fossem práticas naturais antes e durante parte do período de colonização, a influência judaico-cristã e a evangelização dos índios passaram a romper alguns ideais e até criminalizar práticas naturais entre os silvícolas. O modo de viver *sui generis* dos “devassos no paraíso” levou a homoafetividade indígena e o amor livre à duras penas. Nesse sentido, “No Brasil colonial, a prática homossexual era punida com algumas das piores

---

<sup>26</sup> TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, p. 65-67 e 220-226.

<sup>27</sup> TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso**: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, p. 97-100.

<sup>28</sup> Nome atribuído à relações homoafetivas da época.

<sup>29</sup> TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso**: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, p. 101.

<sup>30</sup> TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso**: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, p. 102.

penas existentes nas ordenações imperiais”. Essa legislação opressiva e violenta contra homossexuais foi deixada de herança pela influência católica de Portugal<sup>31</sup>.

A sodomia “podia ser punida com a morte por fogueira, degredo (pena de desterro ou banimento), infâmia dos descendentes (que ficavam estigmatizados publicamente pelo ato pecaminoso), dentre outras penas severas.”<sup>32</sup>. Essa mentalidade colonial, patriarcal e homofóbica persistiu fortemente no decurso de toda a história brasileira. Outro período triste para a diversidade em território brasileiro foi vivenciado pelas minorias sexuais durante o Golpe de 1964.

Neste período, iniciado em 1964 e findado em 1985, as minorias sexuais foram severamente perseguidas pelo regime ditatorial, tendo sofrido diversas crueldades por serem consideradas “subversivas”, “perversas”, e “anormais”<sup>33</sup>. “A comunidade LGBT brasileira manteve seus locais de sociabilidade em guetos”, uma vez que, após o Ato Institucional nº 5, sequer havia possibilidade de contestar o regime violento que permeava o Brasil, freando qualquer chance dos homossexuais reivindicarem seus direitos<sup>34</sup>.

Ademais, antecipadamente à interpelação específica da temática aqui proposta, arroga-se necessária uma elucidação sobre a abreviação “LGBTQIA+”, ora eleita como a sigla que melhor representa as minorias sexuais na contemporaneidade. Insta aclarar que cada letra da abreviatura supramencionada representa um subgrupo das minorias sexuais, que significam, respectivamente, lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, *queers*, intersexos, assexuais, e o + representa outros grupos e variações de sexualidade e de gênero. Elucida-se também que não é desconhecida a miscelânea terminológica existente na sociedade para se referir aos sujeitos que ostentam orientação sexual ou gênero não ortodoxos (heterossexuais). Dito isso, entende-se que a abreviação LGBTQIA+ é mais abrangente e é a que melhor se encaixa nesta pesquisa.

Dessa forma, retoma-se ao contexto anterior em que se tratava que, as pessoas que não se “encaixavam” nos padrões heteronormativos impostos pela

---

<sup>31</sup> INSTITUTO VLADIMIR HERZOG. **Repressão à comunidade LGBT na ditadura**. São Paulo: Acervo Vladimir Herzog, 2020. Disponível em: <http://memoriasdaditadura.org.br/lgbt/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>32</sup> INSTITUTO VLADIMIR HERZOG. **Repressão à comunidade LGBT na ditadura**.

<sup>33</sup> INSTITUTO VLADIMIR HERZOG. **Repressão à comunidade LGBT na ditadura**.

<sup>34</sup> INSTITUTO VLADIMIR HERZOG. **Repressão à comunidade LGBT na ditadura**.

ditadura, e ousavam em assumir sua identidade LGBTQIA+, viviam em permanente estado de terror, com frequentes perseguições policiais e prisões arbitrárias. “Entre os anos de 1975 e 1982, durante as administrações de Paulo Egydio Martins e Paulo Maluf”, na cidade de São Paulo, as rondas policiais nas calçadas do centro da cidade serviam para prender e violentar homossexuais e travestis, pela suposta prática de vadiagem<sup>35, 36</sup>.

Da mesma forma repressiva eram tratadas quaisquer expressões artísticas e informativas que se destinassem ao público LGBTQIA+. A censura moral imposta pela ditadura vetou uma série de músicas, periódicos, filmes e peças teatrais que eram voltadas aos temas de diversidade, uma vez que eram considerados contrários aos padrões morais ultraconservadores do regime ditatorial<sup>37</sup>. O periódico *Lampião da Esquina*, por exemplo, com sede editorial no Rio de Janeiro, foi um jornal brasileiro que tratou de assuntos LGBTQIA+, durante os anos de 1978 e 1981<sup>38</sup>. O *Lampião da Esquina* surgiu “dentro do contexto de imprensa alternativa” no ano 1970. Subsidiado por uma editora e por algumas doações, o periódico contou com 38 edições e já se apresentava como um “folego” para retirar os homossexuais da marginalidade, abrindo o discurso às minorias sexuais<sup>39</sup>.

Ainda, outro acontecimento determinante para o impulsionamento da militância LGBTQIA+, ocorreu em 28 de junho de 1969, em Nova York, que ficou historicamente conhecido como a *Revolta de Stonewall*. Neste dia, gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros enfrentaram e resistiram contra a arbitrariedade e violência policial nos arredores do bar *Stonewall Inn*. Este episódio ocorrido nos Estados Unidos

---

<sup>35</sup> O crime de vadiagem era utilizado de forma arbitrária para perseguir indivíduos que fossem considerados subversivos, imorais e contrários aos bons costumes. A polícia criava razões para enquadrar homossexuais e travestis no crime de vadiagem, uma vez que nem a Constituição e nem o Código Penal possuíam leis anti-homossexuais. TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. p. 54. Os homossexuais, transexuais e travestis eram presos e levados compulsoriamente para lavar delegacias e celas, e até mesmo eram levados pela Polícia Militar para dar banho em cavalos dentro do batalhão. Em razão disso, muitas travestis solicitaram e conseguiram, no final da década de 1970, um documento de habeas corpus para que não fossem presas por “vadiagem”. Essa decisão era sempre carregada na bolsa das travestis para apresentar à polícia caso fossem abordadas. TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. p. 384.

<sup>36</sup> INSTITUTO VLADIMIR HERZOG. **Repressão à comunidade LGBT na ditadura**.

<sup>37</sup> INSTITUTO VLADIMIR HERZOG. **Repressão à comunidade LGBT na ditadura**.

<sup>38</sup> GRUPO DIGNIDADE. **Projeto Lampião da Esquina**. Curitiba, 2020. Disponível em: <https://www.grupodignidade.org.br/projetos/lampiao-da-esquina/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>39</sup> GRUPO DIGNIDADE. **Projeto Lampião da Esquina**.



no final dos anos de 1960, se tornou um marco da resistência LGBTQIA+<sup>40</sup>. É em razão da Revolta de Stonewall, que o dia 28 de junho é considerado o Dia Mundial do Orgulho Gay, que acaba por mobilizar milhares de pessoas todos os anos no Brasil e no mundo.

Todavia, apesar do avanço da mobilização pró LGBTQIA+, a década de 1980 foi mais um triste marco na história dos homossexuais. A epidemia de HIV/AIDS teve forte impacto na organização homossexual brasileira. De forma errônea e com carga gigantesca de estigma, o HIV/AIDS foi chamado de “câncer gay”, tendo sido responsável por mais uma frente de intolerância por parte da sociedade contra os gays<sup>41</sup>.

Foi no final da ditadura militar brasileira e início da redemocratização do país que o movimento LGBTQIA+ teve uma de suas primeiras ondas de mobilização política que militava em defesa da homoafetividade no Brasil. As minorias sexuais começaram a se organizar e, sob influência do movimento feminista que lutava por emancipação e igualdade, se fortaleceram e começaram a participar com mais vigor da discussão política, inclusive dentro da Assembléia Constituinte.

No entanto, em razão da baixa representatividade política dentro do parlamento, a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 preferiu deixar em aberto algumas questões referentes a gênero e não ser tão específica, no que tange aos direitos civis dos LGBTQIA+. O texto constitucional elencou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, bem como alistou o princípio da igualdade como norteador do ordenamento jurídico brasileiro, objetivando a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação. Entretanto, os termos “gênero” e “orientação sexual” foram deixados de fora da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. **Revista Sexualidad, Salud y Sociedad**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 37-63. p. 44. Dez. 2012.

<sup>41</sup> FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. p. 45.

<sup>42</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988. Brasília/DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2020.

Nesse sentido, no final do século XX e início do século XXI, o movimento LGBTQIA+ ganhou força e aumentou sua voz na sociedade brasileira. As minorias sexuais desenvolveram uma nova consciência política que desencadeou numa revolução pela tolerância e reconhecimento de suas identidades.

Ademais, insta salientar que uma das primeiras conquistas do movimento homossexual brasileiro foi a retirada da homossexualidade do rol de doenças do Instituto Nacional de Previdência Social, fato ocorrido em 1985, logo após o Conselho Federal de Medicina retirar a homossexualidade do rol de patologias<sup>43</sup>. O Conselho Federal de Medicina foi pioneiro e se emancipou desse preconceito antes mesmo da Organização Mundial da Saúde, uma vez que a homossexualidade somente foi retirada da Classificação Internacional das Doenças (CID) no ano de 1990.

Em decorrência dessa nova força ativista, vários eventos contra a homofobia começaram a surgir pelo país<sup>44</sup>. No ano de 2003, ocorreu o evento “Beijão do Frei Caneca”, após os seguranças do shopping Frei Caneca terem proibido o beijo de dois homossexuais nas dependências do centro comercial, na cidade de São Paulo. Em protesto contra a repressão e homofobia dos seguranças, cerca de 2 mil pessoas compareceram ao local e uma “multidão trocou beijos em público, ao som de músicas como “Kiss” e “Beijinho doce”<sup>45</sup>.

Igualmente, em 2014, foi criado o movimento “Revolta da Lâmpada”, “para lembrar o ataque homofóbico com lâmpadas fluorescentes, ocorrido em 2010, na avenida Paulista.”<sup>46</sup>. O escritor João Silvério Trevisan, menciona que:

Tratava-se de um coletivo avesso a lideranças centralizadoras e afeito a ações diretas, em manifestações ruidosas nas ruas. Com uma pauta de reivindicações claramente estabelecida, mesclava protestos e festas públicas, para dar sentido ao seu método de atuação chamado “Fervo também é luta”. O método inspirou, por exemplo, um evento de ativismo em que se criou um boneco que representava o ex-deputado Eduardo Cunha.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. p. 44.

<sup>44</sup> TREVISAN, João Silvério. **A resistência dos vagalumes**: mobilização da comunidade LGBT no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Schwarcz, 2020. p. 09.

<sup>45</sup> TREVISAN, João Silvério. **A resistência dos vagalumes**: mobilização da comunidade LGBT no Brasil. p. 09.

<sup>46</sup> TREVISAN, João Silvério. **A resistência dos vagalumes**: mobilização da comunidade LGBT no Brasil. p. 11.

<sup>47</sup> TREVISAN, João Silvério. **A resistência dos vagalumes**: mobilização da comunidade LGBT no Brasil. p. 11-12.

Na ocasião, os manifestantes dançavam sobre o boneco de Eduardo Cunha, ex-presidente da Câmara dos Deputados, “em represália festiva à sua afirmação de que na Câmara o projeto do casamento homossexual “só passaria por cima do seu cadáver”<sup>48</sup>. Aliás, o deputado federal Eduardo Cunha tentou a todo custo emplacar seu projeto de lei proposto em 2011, o qual visava criar o dia do orgulho heterossexual, a ser comemorado no terceiro domingo do mês de dezembro. O Projeto de Lei do dia do orgulho hétero era defendido por Cunha, pois, na visão dele, o projeto visava “resguardar direitos e garantias aos heterossexuais de se manifestarem e terem a prerrogativa de se orgulharem do mesmo e não serem discriminados por isso”<sup>49</sup>. Os defensores do dia do orgulho hétero argumentavam que a discussão sobre preconceito contra homossexuais acabava criando outro tipo de discriminação, que recaí sobre os heterossexuais.

Na mesma corrente reacionária, há que se fazer menção ao Projeto de Lei nº 6.583 de 2013, proposto pelo deputado federal Anderson Ferreira (PR/PE), chamado de “Estatuto da Família”. Esse Projeto de Lei tem o ímpeto de atentar contra as famílias homoafetivas, dispondo que a entidade familiar somente deve ser reconhecida e tratada como família quando é formada a partir da união entre um homem e uma mulher. Apoiado pelas bancadas mais reacionárias (bancada evangélica, bancada da bala, bancada ruralista), o projeto visa restringir e negar as uniões homoafetivas o reconhecimento de entidade familiar<sup>50</sup>.

Desse modo, fica evidente a postura e o discurso de desdém por parte do parlamento brasileiro, no que tange as pautas das minorias sexuais. A resposta contra

---

<sup>48</sup> TREVISAN, João Silvério. **A resistência dos vagalumes**: mobilização da comunidade LGBT no Brasil. p. 12.

<sup>49</sup> FALCÃO, Márcio. Presidente da Câmara pede volta de projeto que cria dia do orgulho hétero. **Folha de São Paulo**, Brasília-DF, em 12 de fev. de 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/02/1588991-presidente-da-camara-pede-volta-de-projeto-que-cria-dia-do-orgulho-hetero.shtml>. Acesso em: 29 mar. 2021.

<sup>50</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.583 de 2013**. Ementa: Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Família e dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar. Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes [...]. Situação do PL: Aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA); Comissão em funcionamento. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em: 29 mar. 2021.

o discurso reacionário e homofóbico eclodiu também por meio das redes sociais. A democratização da internet possibilitou que, minorias sexuais até então silenciadas pelo patriarcado heteronormativo, pudessem se expressar e demonstrar as suas formas de viver a vida. O ciberespaço forneceu elementos para que os LGBTQIA+ possam falar e ser ouvidos. Os canais de diversidade presentes no *Youtube*, servem para informar a população e desconstruir alguns paradigmas, que ainda são omitidos pela mídia tradicional.

As redes sociais se tornaram meio de pressão política, como o *Facebook* e o *Twitter*, por exemplo. Os movimentos sociais que militam pela diversidade, encontraram na internet um espaço de organização, união e reconhecimento. As individualidades e as dificuldades encaradas pelo preconceito, que antes eram silenciadas por ocorrerem de formas isoladas, se somaram e resultaram em grandes grupos e associações.

Por outro lado, a cada avanço emancipatório conquistado pelas minorias sexuais, há sempre a resistência de grupos reacionários e conservadores que, infelizmente, ainda são maioria. Os conservadores estão sempre dispostos a destruir valores que contrariem seus ideais. A negação de direitos LGBTQIA+ por parte do Poder Legislativo federal consiste na ideia de rejeitar as pautas das minorias sexuais para preservar o mito da família tradicional brasileira.

A história da homossexualidade, desde o período colonial até a atualidade brasileira, possui incontáveis eventos de violação de direitos dos considerados “subversivos” ou “anormais”. A sociedade e o Estado negaram e continuam negando direitos fundamentais às minorias sexuais. Nesse sentido, diante dessas diversas forças reacionárias contrárias ao movimento LGBTQIA+, às minorias sexuais “só resta aquilo que sabem fazer melhor: criar. Quanto mais os querem destruir, mais estarão elaborando novos valores, abrindo caminhos inusitados e inventando expressões estéticas.”<sup>51</sup>

O ímpeto criativo pode ser claramente percebido em momentos de sobrevivência difícil e necessária. Pier Paolo Pasolini lembrava que, assim

---

<sup>51</sup> TREVISAN, João Silvério. **A resistência dos vagalumes**: mobilização da comunidade LGBT no Brasil. p. 20.

como os lampejos eróticos, a alegria e as amizades, também a arte e a poesia valem como resistência aos tempos sombrios do fascismo triunfante<sup>52</sup>.

Sendo assim, o presente subtítulo não pretendeu esgotar a temática acerca da historicidade do movimento LGBTQIA+, até porque seria insuficiente qualquer tentativa de abordar a especificidade e a riqueza de detalhes pertencentes à história das minorias sexuais neste subtítulo. No entanto, o que se propôs aqui foi fornecer subsídios básicos para demonstrar que a homoafetividade existiu em diversos períodos da história da humanidade e nas mais variadas localizações geográficas, bem como as minorias sexuais foram e continuam sendo vítimas de inúmeras formas de violência. Dessa forma, considerando que o primeiro subtítulo já tratou, ainda que brevemente, da militância LGBTQIA+ no Brasil, passa-se agora tratar das minorias sexuais como sujeitos titulares de direitos fundamentais.

## 1.2 AS MINORIAS SEXUAIS COMO TITULARES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

No início da Idade Moderna, surgiu o Estado absolutista. Essa modalidade de poder emergiu na Europa Ocidental entre meados do século XVI. Uma das características principais deste período, foi a concentração dos poderes políticos e militares sob a égide do monarca. Nesse sentido, a autoridade monárquica era a personificação da autoridade pública e da coletividade<sup>53</sup>.

Os burgueses e monarcas selaram uma aliança, objetivando a derrocada do mundo medieval, uma vez que a nova concentração de poder fornecia a proteção que carecia a burguesia. Não obstante, a insatisfação burguesa diante do absolutismo monárquico foi uma das raízes que sustentaram os ideais em torno dos direitos fundamentais<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> TREVISAN, João Silvério. **A resistência dos vagalumes**: mobilização da comunidade LGBT no Brasil. p. 20.

<sup>53</sup> CARVELLI, Urbano; SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: da antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 191, p. 167-189. Jul./set. 2011. p. 172. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242914/000926858.pdf?sequence=1>> Acesso em: 22 jul. 2020.

<sup>54</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999. p. 138.

Decorrido certo tempo, no momento em que a burguesia finalmente havia consolidado sua força social, esta percebeu que necessitava ampliar seus horizontes políticos. A ampliação social e política da burguesia exigiu um rompimento com a monarquia. Esse rompimento se deu com a união de forças burguesas, somado ao pleito dos humanistas, cientistas, nobres e líderes de religiões diversas da que era professada pelo monarca. A partir dessa nova realidade, a aliança firmada entre a burguesia e a monarquia já não subsistia mais, e as duas forças passaram a ocupar lados opostos, com ideais distintos<sup>55</sup>.

Em consequência desta incompatibilidade entre monarquia e burguesia, o absolutismo começou a ser rechaçado. A arbitrariedade do poder absolutista sofreu forte rejeição e serviu como mola propulsora para o surgimento de uma filosofia que visava a limitação, regulação e a racionalização do poder. Os novos ideais que buscavam limitar e frear o poder, levaram à gênese do constitucionalismo do Estado liberal e ao surgimento da positivação dos direitos fundamentais<sup>56</sup>. Ademais, destaca-se que outros elementos decisivos para o surgimento dos direitos fundamentais foram a ausência de liberdades e as vulnerabilidades vivenciadas pelos indivíduos durante o período absolutista<sup>57</sup>.

A posteriori, com o advento da Revolução Americana em 1776, e da Revolução Francesa em 1789, se estabeleceu o modelo ideal para a ocorrência da emancipação e libertação de direitos dos povos. As revoluções ocorridas no século XVIII se pautaram nos ideais iluministas, com os pensamentos de John Locke, Voltaire, Montesquieu e Rousseau, por exemplo. Nesse sentido, as declarações de ambas as revoluções, foram importantes mecanismos utilizados para assegurar liberdades individuais, o que posteriormente se daria o nome de direitos fundamentais<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: Teoría general. p. 139.

<sup>56</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: Teoría general. p. 139.

<sup>57</sup> KUNRATH, Yasmine Coelho. Os direitos da personalidade enquanto direitos fundamentais. **Revista Justiça do Direito**. Passo Fundo, v. 30, n. 3, p. 503-522. Set./dez. 2016. p. 507. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i3.6178>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

<sup>58</sup> VIEIRA JUNIOR, Dicesar Beches. Teoria dos direitos fundamentais: Evolução histórico-positiva, regras e princípios. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ**. Rio de Janeiro, n. 28, p. 73-96. Dez./2015. p. 75-76. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/20298/14641>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

A proposta iluminista que fomentou as revoluções no século XVIII, tinha como base a crença no poder da razão humana, da verdade e da consciência. Os iluministas sustentavam que o sujeito é o único detentor do seu próprio destino, e é plenamente legítimo que este contrarie imposições religiosas quando tais premissas avancem contra seus próprios credos e formas de viver. A contestação de privilégios concedidos à nobreza e ao clero também consiste num ideal iluminista.

Diante disso, constata-se que o período iluminista, marcado por revoluções contrárias a centralização do poder nas mãos do monarca, formou a gênese dos direitos de liberdade, como o direito à livre manifestação, ao livre pensamento, à liberdade profissional, política e de locomoção. Tais revoluções serviram para estabelecer um freio ao poder, a fim de garantir proteção aos indivíduos contra as arbitrariedades que já haviam sido praticadas durante o período absolutista.

Destarte, as revoluções burguesas ocorridas no século XVIII, representam o nascimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Porém, antes de entrar numa discussão mais profunda acerca dos direitos fundamentais e dos seus respectivos processos emancipatórios, há que se fazer um recorte metodológico para salientar a terminologia que será utilizada nesta pesquisa, a fim de evitar tautologia.

Consequentemente, salienta-se que não é desconhecida a miscelânea terminológica em torno dos direitos fundamentais, em que muitos autores tratam direitos humanos e direitos fundamentais como sinônimos. Também, não se quer adentrar ao mérito de qual terminologia é a mais correta, e sim, sobre a qual é mais apropriada à presente pesquisa.

Analogamente, é sabido que os direitos fundamentais são sempre direitos humanos. No entanto, entende-se que, quando se trata de direito interno – de ordem constitucional –, o termo “direitos fundamentais” é mais apropriado, e quando se trata de textos oriundos do direito internacional, deve-se utilizar o termo “direitos humanos”<sup>59</sup>.

Dessa forma, optou-se por seguir a terminologia adotada pelo professor Gregorio Peces-Barba, este que firmou o entendimento de que a expressão “direitos

---

<sup>59</sup> KUNRATH, Yasmine Coelho. **Os direitos da personalidade enquanto direitos fundamentais**. p. 505.

fundamentais” se apresenta como a terminologia mais precisa, considerando que: a) o termo “direitos humanos” pode soar com ambiguidade; b) abarca todas as dimensões em que estão inseridos os direitos humanos, evitando qualquer forma de reducionismo, seja jusnaturalista ou positivista; c) abrange a expressiva carga do seu significado de forma bem mais adequada que “direitos morais” ou “direitos naturais”; d) é mais adequado do que os termos “direitos públicos subjetivos” ou “liberdades públicas”, tendo em conta que tais termos podem incorrer numa limitação à faceta positivada e implicar na perda da dimensão moral<sup>60</sup>.

Ademais, de acordo com Luigi Ferrajoli, direitos fundamentais são todos aqueles direitos inerentes a todos os seres humanos, enquanto investidos de *status* de pessoa. Pelo termo “*status*”, Ferrajoli entende ser a condição de um sujeito, previsto por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e ao mesmo tempo gozar de direitos fundamentais. A previsão de tais direitos no direito positivo de um determinado ordenamento, é, em suma, condição de sua existência ou vigência naquele ordenamento, porém, tal condição não incide no significado de direitos fundamentais. Ou seja, a previsão dos direitos fundamentais em um texto constitucional é somente uma garantia de sua observância por parte do legislador ordinário<sup>61</sup>.

Los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes. Por ello, corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática<sup>62</sup>.

Nesse sentido, as revoluções do século XVIII marcaram o primeiro processo evolutivo dos direitos fundamentais, de acordo com a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais do professor Gregorio Peces-Barba. Neste primeiro processo histórico, ocorreu o processo de positivação, que consistiu na “passagem da discussão filosófica do direito natural racionalista ao direito positivo realizada a partir

<sup>60</sup> PECES-BARBA, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**: Teoría general. p. 36.

<sup>61</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. 4 ed Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 37-38.

<sup>62</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editora Tecnos, 2004. p. 17.



das revoluções liberais burguesas”. A característica principal desta linha evolutiva foi a positivação da primeira geração dos direitos fundamentais, que são os direitos de liberdade<sup>63</sup>.

No que tange à segunda linha evolutiva, a qual foi denominada por Peces-Barba como processo de generalização, nas palavras do professor Marcos Leite Garcia:

significa a extensão do reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade como consequência da luta pela igualdade real (característica principal: a luta e a consequente positivação dos direitos sociais ou de segunda geração e de algumas outras liberdades como a de associação e a de reunião e a ampliação da cidadania com a universalização do sufrágio)<sup>64</sup>.

Os direitos e garantias fundamentais foram conquistados por meio de lutas e revoluções. Os sujeitos necessitam de direitos fundamentais para viver com dignidade, sendo que, tais garantias se efetivam por meio de uma fórmula universal e na forma de normas constitucionais. Se os direitos fundamentais são normativamente de “todos”, esses direitos são inegociáveis e irrenunciáveis, uma vez que correspondem a prerrogativas contingentes e inalteráveis de seus titulares<sup>65</sup>.

No entanto, essa universalidade não é absoluta, mas sim relativa. Com efeito, o “todos” a que se refere Ferrajoli, é logicamente relativo a determinadas classes de sujeitos a quem sua titularidade está normativamente reconhecida. Assim, se a intenção da igualdade depende da quantidade e da qualidade dos interesses protegidos como direitos fundamentais, a extensão da igualdade e com ele, o grau de democracia de um certo ordenamento depende, por conseguinte, da extensão à todas as classes de sujeitos. Em outras palavras, é suprimir e reduzir as diferenças de *status* que os determinam como sujeitos investidos de direitos fundamentais<sup>66</sup>.

As chamadas “classes de sujeitos” são identificadas pelo seu respectivo *status*, que é responsável por determinar a identidade da pessoa. Ou seja, o sujeito só é investido de direitos fundamentais se possui um “*status*”. Por muito tempo, e a

<sup>63</sup> GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do Direito UNISC**. Santa Cruz do Sul, n. 33, p. 103-129. Jan./jun. 2010. p. 105.

<sup>64</sup> GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos direitos fundamentais e as demandas transnacionais. p. 105.

<sup>65</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. p. 38.

<sup>66</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. p. 39.

história evidencia isso, se o sujeito não se encaixava no contexto de cidadão, ele não era titular de direitos, como é o caso dos negros que, em períodos escravagistas, eram tratados como “coisas”, e até mesmo às mulheres que até certo período não tinham direito ao voto. Ou seja, as condições do sujeito determinam seu *status* como sujeito de direito, e definem se ele tem mais ou menos direitos<sup>67</sup>.

A raça, o sexo, o patrimônio, e a nacionalidade, foram e ainda são fatores excludentes e negadores de direitos. Da mesma forma, ao menos no Ocidente, desde o direito romano, sempre existiram direitos fundamentais. No entanto, tais direitos eram limitados a classes bastante restritas de sujeitos. Por muito tempo, somente os sujeitos masculinos, brancos, adultos e ricos foram considerados sujeitos de direitos<sup>68</sup>.

Sendo assim, superada a segunda linha evolutiva dos direitos fundamentais, passa-se a abordar os dois últimos processos da teoria de Peces-Barba. Dessa forma, no que se refere ao chamado “terceiro processo de internacionalização”, atribui-se a tentativa de internacionalizar os direitos humanos, com a criação de sistemas de proteção internacional dos mesmos para além das fronteiras nacionais<sup>69</sup>. Por fim, e o mais pertinente processo evolutivo dos direitos fundamentais para o tema que aqui é tratado, está o processo de especificação.

O processo de especificação trata da pessoa em situação concreta, a fim de lhe atribuir direitos de acordo com as suas demandas e especificidades. A especificação pode ser exemplificada por meio da luta da comunidade LGBTQIA+ por reconhecimento de direitos e de cidadania. As principais características desta quarta linha evolutiva dos direitos fundamentais consiste na positivação e na mudança da “mentalidade da sociedade na direção dos chamados direitos de solidariedade, difusos ou de terceira geração”<sup>70</sup>.

O reconhecimento de direitos de igualdade às minorias sexuais, é a concretização de direitos fundamentais já usufruídos por outros sujeitos, que por muito tempo foram negados aos LGBTQIA+. Nesse sentido, “Norberto Bobbio destaca que

---

<sup>67</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. p. 39.

<sup>68</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. p. 39-41.

<sup>69</sup> GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos direitos fundamentais e as demandas transnacionais. p. 105.

<sup>70</sup> GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos direitos fundamentais e as demandas transnacionais. p. 105.

a especificação se produz na direção dos titulares”, enquanto que “Peces-Barba também considera a direção dos titulares e destaca a especificação dos “novos” direitos em relação aos conteúdos dos mesmos”<sup>71</sup>.

Os dois filósofos supracitados partilham do mesmo entendimento no sentido de que “a especificação dos direitos se insere como transformadora da visão dos direitos fundamentais e por isso dá uma nova face à cultura política e jurídica moderna”. Do mesmo modo, os titulares de direitos fundamentais buscam no processo de especificação a efetivação da igualdade. As minorias sexuais, embora sejam titulares de direitos fundamentais, encontram-se em situações de desigualdades por motivos discriminatórios e que necessitam do processo de especificação para que alcancem uma igualdade efetiva<sup>72</sup>.

Dentro da perspectiva de Luigi Ferrajoli no sentido de que os direitos fundamentais são reivindicações dos mais débeis, os direitos fundamentais de terceira geração, originados no processo de especificação, agora são reivindicados pelos menos favorecidos na sociedade contemporânea, não pelo mais forte e sim por coletivos dos mais débeis<sup>73</sup>.

Os direitos fundamentais foram conquistados e também se estenderam historicamente, com a ampliação de outros direitos que, em diferentes ocasiões foram se afirmando como fundamentais, por exemplo: os direitos civis e de liberdade, em razão do pensamento iluminista e das revoluções liberais; depois os direitos políticos, com a progressiva ampliação do sufrágio e da capacidade política; mais tarde, o direito de greve e os direitos sociais nas constituições, até os novos direitos. Os direitos fundamentais se afirmam sempre como leis dos mais débeis em alternativa a lei do mais forte que regia e regeria em sua ausência. A história do constitucionalismo é a história dessa progressiva ampliação da esfera pública dos direitos. Uma história teórica, social e política, dado que nenhum desses direitos caíram do céu, senão que todos foram conquistados mediante rupturas institucionais<sup>74</sup>.

Os movimentos sociais que militam em prol da efetivação dos direitos fundamentais das minorias sexuais são os corpos que compõem o coletivo dos mais

---

<sup>71</sup> GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos direitos fundamentais e as demandas transnacionais. p. 108.

<sup>72</sup> GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos direitos fundamentais e as demandas transnacionais. p. 108.

<sup>73</sup> GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos direitos fundamentais e as demandas transnacionais. p. 109.

<sup>74</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. p. 54.

débeis. Da mesma forma, o professor Gregorio Peces-Barba define esse coletivo, no sentido de que as circunstâncias próprias do movimento já denotam sua relevância. Ou seja, a relevância desse coletivo deriva “de uma condição social ou cultural de pessoas que se encontram em situação de inferioridade nas relações sociais e que necessitam de uma proteção especial”<sup>75</sup>.

A especificidade deste determinado coletivo, necessita também de “uma garantia ou uma promoção especial para superar a discriminação, o desequilíbrio ou a desigualdade”. No Brasil, além do sofrimento discriminatório experimentado pela comunidade LGBTQIA+ durante toda a sua história, desde o período colonial, existe também uma série de outros coletivos que têm seus direitos fundamentais negados frequentemente, como é o caso dos negros, das mulheres, dos idosos etc. Essa dinâmica colonialista patriarcal que nega direitos fundamentais a determinados grupos ou minorias sociológicas, sejam por razões culturais, sejam por razões hierárquicas, conduzem os sujeitos vulneráveis a uma debilidade “que o Direito tenta corrigir ou pelo menos diminuir”<sup>76</sup>.

Insta frisar que, é inconteste que os direitos fundamentais são uma conquista histórica da humanidade, e que somente foram reconhecidos e positivados em razão da luta dos movimentos sociais emancipatórios que se organizaram e modificaram a estrutura da sociedade e da mentalidade humana<sup>77</sup>. No entanto, embora já se encontrem positivados diversos direitos fundamentais tanto nas legislações nacionais, quanto nos tratados e convenções internacionais, as minorias sexuais, ainda que titulares desses direitos, são vítimas de um sistema que as nega acesso a direitos básicos, como o casamento civil, por exemplo.

O reconhecimento dos direitos fundamentais é um processo “que jamais deixará de existir uma vez que os Direitos Fundamentais não são um conceito estático, imutável ou absoluto e muito pelo contrário, trata-se de um fenômeno que acompanha a evolução da sociedade”. Nesse sentido, o contexto em torno do que se entende por

---

<sup>75</sup> GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos direitos fundamentais e as demandas transnacionais. p. 109.

<sup>76</sup> GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos direitos fundamentais e as demandas transnacionais. p. 110.

<sup>77</sup> GARCIA, Marcos Leite. Características básicas do conceito integral de direitos humanos fundamentais. In: XVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. 2009, Maringá. **Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. v.1. p. 6199-6223. p. 6202.

Direitos Fundamentais deve se manter aberto para contemplar as novas necessidades humanas, com a conseqüente positivação, a fim de proteger a dignidade humana, “a liberdade, a igualdade e fazer da solidariedade uma realidade entre todos”<sup>78</sup>.

A ausência de efetividade e o impedimento do gozo de alguns direitos fundamentais pelas minorias sexuais se deve pela generalização do que se entende e do que se tem positivado por Direitos Fundamentais. É nessa generalização que entra a importância do processo de especificação dos direitos, uma vez que esse último processo, nas palavras do professor Marcos Leite Garcia, leva em consideração “a pessoa em situação concreta para atribuir-lhe direitos, seja como titular de direitos como criança, idoso, como mulher, como consumidor, etc.”<sup>79</sup>.

Em outras palavras, a generalização dos direitos fundamentais não é suficiente para garanti-los a todos os sujeitos, sendo necessário existir um processo de especificação que reconheça os direitos fundamentais também quanto aos titulares e em razão das suas individualidades. Não basta que a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 disponha sobre a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, se essa dignidade não alcança as minorias por ausência de previsão legal ou omissão constitucional. Por isso mesmo, é necessário que ocorra um processo de especificação para que se reconheça direitos e os faça ser efetivos. “A solidariedade (sentido atual da fraternidade) tão necessária para questões essenciais do mundo atual e que dignifica a pessoa humana, será seu signo e fundamento.”<sup>80</sup>.

Assim como refere o professor Pérez Luño, quando defende a divisão dos direitos fundamentais em gerações. “Uma concepção geracional dos direitos humanos implica, em suma, reconhecer que o catálogo das liberdades nunca será obra fechada e acabada”<sup>81</sup>.

Segue o professor da Universidade de Sevilla: “Uma sociedade livre e democrática deverá mostrar-se sempre sensível e aberta ao aparecimento de

---

<sup>78</sup> GARCIA, Marcos Leite. Características básicas do conceito integral de direitos humanos fundamentais. p. 6203.

<sup>79</sup> GARCIA, Marcos Leite. Características básicas do conceito integral de direitos humanos fundamentais. p. 6206.

<sup>80</sup> GARCIA, Marcos Leite. Características básicas do conceito integral de direitos humanos fundamentais. p. 6207.

<sup>81</sup> GARCIA, Marcos Leite. Características básicas do conceito integral de direitos humanos fundamentais. p. 6207.

novas necessidades, que fundamentem novos direitos”. E sobre a fase em que eles ainda não são positivados, diz que “Enquanto esses direitos não tenham sido reconhecidos pelo ordenamento jurídico nacional e/ou internacional, atuaram como categorias reivindicativas, pré-normativas e axiológicas”. Exatamente essa será a dimensão do processo de formação do ideal dos direitos que é constante e inacabado em nome da dignidade do ser humano e da “irrenunciável dimensão utópica” dos direitos fundamentais que dá legitimidade aos mesmos<sup>82</sup>.

Em tese, uma sociedade democrática deve se manter aberta para reconhecer, garantir e efetivar novos direitos demandados por minorias sociológicas, as quais são impedidas de gozar de direitos fundamentais em sua universalidade, em razão da especificidade deste coletivo. E é tão somente em razão desse fenômeno de especificidade, que ocorreu uma multiplicação de direitos no período pós-guerra. Nas palavras de Norberto Bobbio, “o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade”<sup>83</sup>.

As diferentes formas de viver, a diversidade e a complexidade de uma sociedade livre e democrática, são incompatíveis com um conceito genérico e fechado de direitos fundamentais. As diferenças e as desigualdades exigem comportamentos compensatórios por parte do Estado e da sociedade, para que se chegue o mais próximo de uma igualdade real<sup>84</sup>. É em razão da passagem da generalização para a especificação que surgem os novos direitos pautados na solidariedade, que passam a integrar o rol dos novos direitos ou os chamados direitos de terceira geração.

Nesse sentido, há algumas décadas o movimento feminista tem criticado a ideia de igualdade. Essas críticas partem de uma contraposição entre o que se tem por “igualdade” e “diferença”, com argumentos apoiados na ambiguidade do termo “igualdade”. Em outras palavras, o que a militância feminista contesta não é o valor da igualdade, mas sim o conceito de igualdade jurídica, tal como foi construído pela tradição liberal na origem do Estado moderno. Entretanto, embora hajam críticas, o feminismo não propõe o abandono ou a desqualificação do princípio da igualdade e

---

<sup>82</sup> GARCIA, Marcos Leite. Características básicas do conceito integral de direitos humanos fundamentais. p. 6207.

<sup>83</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7 ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004. p. 33.

<sup>84</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 34.

do universalismo dos direitos, mas sim uma redefinição para que não façam abstração da diferença sexual, por exemplo<sup>85</sup>.

No que tange à relação entre direito e diferença, de acordo com Luigi Ferrajoli, essa diferenciação se expressa na valorização de algumas identidades e na desvalorização de outras, e, por tanto, na hierarquização de diferentes identidades. Ainda, as identidades determinadas pelas diferenças valorizadas, sejam pelo sexo, raça, orientação sexual, gênero, nacionalidade, resultam assumidas com *status* de privilégios, fontes de direitos e de poderes, e inclusive como base de um falso universalismo modelado unicamente sobre sujeitos privilegiados<sup>86</sup>.

Ao inverso das identidades determinadas pelas diferenças valorizadas, existem outras identidades carregadas de um *status* discriminatório, que é fonte de exclusão, sujeição e até mesmo de perseguição. Este é o paradigma discriminatório da experiência jurídica das fases mais arcaicas e dominantes no mundo jurídico pré-moderno, e que persistem até a atualidade. Em outros termos, quando pensados e proclamados os direitos universais nas primeiras constituições liberais, esses textos foram referenciados unicamente ao sujeito macho, branco e que detivesse propriedade<sup>87</sup>.

As desigualdades e a negação de direitos fundamentais a determinados grupos sociológicos, se encontram neste modelo, pensados e sancionados como desigualdades, ou melhor dizendo, como privilégios e discriminações, pouco importando se cobertas com o manto de um falso universalismo<sup>88</sup>.

E é em razão deste falso universalismo que se atribui a importância do processo de especificação dos direitos fundamentais, uma vez que tão somente neste processo é que se leva em consideração o titular de direito em sua situação concreta, como é o caso das minorias sexuais. A mera generalização dos direitos fundamentais é insuficiente para garanti-los e os efetivar a todos os sujeitos. É urgente que se supere a ideia de generalização para que se atribua direitos fundamentais também quanto aos titulares e na medida de suas individualidades.

---

<sup>85</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. p. 73.

<sup>86</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. p. 74.

<sup>87</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. p. 74.

<sup>88</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. p. 75.

### 1.3 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS SEXUAIS

A palavra “Constituição” pode ser definida como um documento normativo que institui a estrutura de uma coletividade política em observância aos requisitos essenciais estabelecidos no artigo 16 da Declaração francesa de 1789. Neste dispositivo supracitado, se dispõe que: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no se encuentra asegurada, ni la separación de poderes establecida, carece de constitución”<sup>89</sup>.

Ainda, de acordo com o referido artigo, para que uma constituição possa ser verdadeiramente merecedora deste nome, ela deve obrigatoriamente: a) conter uma declaração de Direitos Fundamentais; b) dispor acerca de uma organização dos órgãos e instâncias de Poder, inspirado no princípio de divisão/separação de poderes<sup>90</sup>. Nesse sentido, os Direitos Fundamentais são o limite principal do poder político majoritário, que acabam por ser invioláveis por ele mesmo.

Da mesma forma, os direitos fundamentais elencados no Texto Constitucional, podem ser designados como aqueles sobre os quais o próprio Poder carece de Poder, e sequer o Poder dispõe livremente desses direitos. Ademais, pode se dizer que a Constituição é um conjunto de regras que dão identidade a um ordenamento jurídico.

A Constituição no constitucionalismo tem a função de limitar o Poder político com a finalidade de proteger os direitos fundamentais<sup>91</sup>. Essa proteção aos direitos fundamentais permanece em plena tensão quando se está diante de uma democracia constitucional.

Ademais, democracia é uma forma de governo que, de acordo com Norberto Bobbio, necessita ser composta por algumas condições chamadas de

---

<sup>89</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional**: Una radiografía teórica. México: Editora FCE, 2006. p. 16-17.

<sup>90</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional**: Una radiografía teórica. p. 18.

<sup>91</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional**: Una radiografía teórica. p. 72.



“regras do jogo”. As condições de uma democracia, conforme Bobbio dispõe na sua obra *Teoria generale della politica* são:<sup>92</sup>

1) Todos os cidadãos que tenham alcançado a maioria, sem distinção de raça, de religião, de condição econômica ou de sexo, devem desfrutar dos direitos políticos, melhor dizendo, que cada um deve desfrutar do direito de expressar a própria opinião ou de eleger quem se expresse por ele; 2) o voto de todos os cidadãos deve ter igual valor; 3) todos aqueles que desfrutam de direitos de direitos políticos devem ser livres para poder votar de acordo com a própria opinião formada o mais livre possível; 4) também os cidadãos tem que ser livres para escolher partidos que tenham programas distintos e alternativos; 5) tanto para as eleições como para a tomada de decisões coletivas, deve valer a regra da maioria numérica, no sentido de que se considere eleito o candidato ou se considere válida a decisão que obteve o maior número de votos; 6) nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, devendo o direito se converter em maior igualdade de condições<sup>93</sup>.

Sob o mesmo ponto de vista, observa-se que as duas primeiras regras que integram o rol de condições de uma democracia de acordo com Bobbio, estabelecem condições de igualdade democrática, sendo a primeira uma condição de inclusão e a segunda uma condição de equivalência. A terceira trata de uma condição de pluralismo da informação, já a quarta regra representa a necessidade de haver um pluralismo político. Ainda, no que tange a quinta regra, se dispõe acerca de uma condição de eficiência da democracia, permitindo a chegada de uma decisão coletiva de forma mais fácil, diante da multiplicidade de opiniões individuais<sup>94</sup>.

Em seguida, a sexta regra funciona como uma condição de proteção e de sobrevivência da democracia, bem como consiste numa limitação do próprio poder da maioria. Nesse sentido, um dos riscos mais graves que se enfrenta nas democracias

<sup>92</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria generale della politica**. Piccola biblioteca Einaudi. Nuova serie (Italian Edition). Apple Books. p. 840-841.

<sup>93</sup> “1) tutti i cittadini che abbiano raggiunto la maggiore età senza distinzione di razza, di religione, di condizione economica, di sesso, debbono godere dei diritti politici, cioè ciascuno deve godere del diritto di esprimere la propria opinione o di scegliere chi la esprima per lui; 2) il voto di tutti i cittadini deve avere peso eguale; 3) tutti coloro che godono dei diritti politici debbono essere liberi di poter votare secondo la propria opinione formatasi quanto è più possibile liberamente cioè in una libera gara tra gruppi politici organizzati in concorrenza fra loro; 4) debbono essere liberi anche nel senso che debbono essere posti in condizione di scegliere tra soluzioni diverse, cioè tra partiti che abbiano programmi diversi e alternativi; 5) sia per le elezioni, sia per le decisioni collettive, deve valere la regola della maggioranza numerica, nel senso che si consideri eletto il candidato o si consideri valida la decisione, che ottiene il maggior numero di voti; 6) nessuna decisione presa a maggioranza deve limitare i diritti della minoranza, particolarmente il diritto di diventare a sua volta maggioranza a parità di condizioni.” Tradução livre de: BOBBIO, Norberto. **Teoria generale della politica**. Piccola biblioteca Einaudi. Nuova serie) (Italian Edition). Apple Books. p. 840-841.

<sup>94</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional**: Una radiografía teórica. p. 33-34.

atualmente é precisamente o excesso de poder, ou seja, a onipotência da maioria. Esse excesso pode ser chamado de violação dos limites de aplicação da regra da maioria. Entretanto, o poder majoritário deve parar quando se esbarra no território dos direitos fundamentais<sup>95</sup>.

Igualmente, salienta-se que se as regras do jogo representam as condições da democracia, os direitos fundamentais atuam como condição democrática. A pura e simples imposição da vontade da maioria não é democracia, se não respeitados os direitos fundamentais também dos grupos que compõem as minorias sociológicas<sup>96</sup>.

A Constituição do constitucionalismo tem uma função precisa que é: limitar o poder político com a finalidade de proteger os direitos fundamentais individuais<sup>97</sup>. É em função desta finalidade que a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 pretende que a sociedade brasileira se desenvolva.

Nesse sentido, a Constituição Federal brasileira de 1988 em seu artigo 1º, incisos II e III, elenca como fundamentos da República Federativa do Brasil valores como a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Em seguida, no artigo 2º, o Texto Constitucional faz menção aos três Poderes que estruturam o Estado brasileiro, sendo eles o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Também, o artigo 3º, nos incisos I, III e IV a Constituição brasileira constitui como objetivos fundamentais da República brasileira, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a redução das desigualdades sociais e por fim, objetiva a promoção do bem de todos “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”<sup>98</sup>.

Por conseguinte, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no *caput* do artigo 5º, dispõe que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”<sup>99</sup>. No entanto, deve-se fazer uma breve explanação acerca do princípio da igualdade, no que tange a diferenciação do seu aspecto formal e material. Além disso, há que se ter a preocupação de eliminar a discriminação a indivíduos e

---

<sup>95</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional: Una radiografía teórica**. p. 34.

<sup>96</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional: Una radiografía teórica**. p. 29.

<sup>97</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional: Una radiografía teórica**. p. 72.

<sup>98</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988.

<sup>99</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988.

grupos sociais em nome do princípio da isonomia, uma vez que as práticas discriminatórias atuam como obstáculos à efetivação e gozo dos direitos fundamentais.

Dessa forma, no que tange ao aspecto formal, “o princípio da igualdade estabelece a denominada igualdade perante a lei, que determina a igual aplicação do Direito vigente a todos os indivíduos, sem consideração das características pessoais e específicas dos cidadãos”<sup>100</sup>. E é nesse sentido que o princípio da igualdade formal dita que as normas jurídicas devem ser aplicadas uniformemente a todos os membros da comunidade política<sup>101</sup>. No entanto, “o princípio da igualdade formal não foi suficiente para promover a emancipação dos indivíduos”<sup>102</sup>. Essa visão formal e estritamente legalista do Direito dificulta a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que trata a igualdade como um valor genérico e abstrato.

A aplicação do princípio da igualdade tão somente em seu aspecto formal, contraria até mesmo a conhecida definição aristotélica acerca da isonomia, “segundo a qual se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. Isso porque, nas palavras do constitucionalista Paulo Iotti, “a aplicação isolada do aspecto formal da isonomia permite tratar igualmente os desiguais, o que *per si* já fere dito princípio”<sup>103</sup>.

Outrossim, a importância da aplicação do princípio da isonomia deve ir além do seu aspecto formal, a fim de considerar também o seu aspecto material, em nome da supremacia dos direitos fundamentais. Porquanto, o aspecto material contempla a definição de igualdade proposta por Aristóteles:

uma vez que define que deve ser dado o mesmo tratamento jurídico aos indivíduos que se encontrem em situação idêntica ou análoga, ao passo que aos que se encontram em situação diversa deve ser dado um tratamento jurídico diverso, justamente em face da situação diferenciada em que se encontram<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p. 173

<sup>101</sup> MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?**. São Paulo: Editora Letramento, 2017. p. 52-53.

<sup>102</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p. 174-175.

<sup>103</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p. 175.

<sup>104</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p. 176.

De maneira semelhante, José Joaquim Gomes Canotilho defende a importância de se reconhecer a função social da igualdade, uma vez que a isonomia, em seu aspecto material, nada mais é do que uma imposição constitucional de eliminação das desigualdades fáticas<sup>105</sup>. Ou seja, a efetivação dos direitos fundamentais depende da aplicação do princípio da igualdade em seus dois lados, tanto do formal, quanto do material.

É sob o aspecto material do princípio da igualdade disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que se constata que as minorias sexuais, embora vítimas de uma discriminação institucionalizada, também estão protegidas pelo Texto Constitucional e devem ter efetivados todos os seus direitos fundamentais. Nesse caso, salienta-se que a negação de direitos fundamentais à comunidade LGBTQIA+ contraria os princípios e fundamentos constitucionais vigentes, bem como a própria discriminação desestabiliza e compromete a integridade da democracia. Em outras palavras, significa dizer que todas as categorias de direitos usufruídos, seja por uma maioria ou até mesmo por um grupo de minorias, deverão ser estendidas a todos os demais para que esses possam se sentir reconhecidos e pertencentes a sociedade brasileira.

Diante disso, destaca-se que quando o artigo 5º da Constituição Federal do Brasil faz menção ao princípio da igualdade, no sentido de que “Todos são iguais perante a lei”, há que se ter em mente que a isonomia ali referida alcança tanto o aspecto formal, quanto o aspecto material da igualdade. Ou seja, considerando a definição aristotélica de igualdade, para que sejam efetivados os direitos fundamentais a todas as pessoas, deve-se levar em consideração as desigualdades experimentadas por determinados sujeitos, a fim de que haja uma compensação dessa desigualdade para que se chegue o mais próximo do conceito de igualdade material.

A própria Constituição Federal brasileira objetiva a promoção do bem de todos sem preconceitos ou discriminações, o que indica que o pluralismo social é constitucionalmente reconhecido e protegido. Além disso, a Constituição “reconhece

---

<sup>105</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, 2ª. Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 380-387.

e protege o direito das pessoas viverem plenamente seus diferentes projetos de vida sem que totalitárias pretensões uniformizantes tenham qualquer respaldo constitucional”<sup>106</sup>.

A discriminação desestabiliza a ordem jurídica porque foge do consenso moral expresso pelas normas legais sobre o tratamento das pessoas. Ato discriminatório viola as diferentes dimensões do princípio da igualdade, o que, mais uma vez, dificulta a realização do princípio da dignidade humana”<sup>107</sup>.

Por outro lado, insta salientar que embora a Constituição Federal brasileira de 1988 tenha a igualdade como direito fundamental, o próprio processo constituinte da respectiva Constituição contou com eventos discriminatórios no que tange as minorias sexuais. A exclusão e a ridicularização das minorias sexuais durante o processo constituinte foi registrado por alguns jornais da época, fato que contraria o próprio sentido da Constituição, que é guiada pela dignidade da pessoa humana.

Foi nesse sentido que, no dia 29 de janeiro de 1988, a Folha de São Paulo publicou a seguinte manchete: “Plenário recusa emenda contra discriminação a homossexual”. A notícia veiculada pela imprensa fazia referência à emenda que incluiria no texto constitucional, como um dos objetivos fundamentais do Estado, a promoção de “superação de preconceitos”, entre os quais, os que recaem sobre os cidadãos por suas “preferências sexuais”<sup>108</sup>. A referida emenda teve placar de 317 a 130, contando com 14 abstenções. Nas poltronas à direita do plenário, o bloco evangélico comemorava com palmas o resultado anunciado por Ulysses Guimarães.

O deputado Costa Pereira (PFL-MA), evangélico, afirmou de fato, que prever constitucionalmente o fim da discriminação por preferências sexuais seria “trazer para o Brasil a maldição de outros países. Seria uma maldição igual à que existia em Sodoma e Gomorra”. O deputado Daso Coimbra (PMDB-RJ) referia-se à proposta como “a emenda dos viados”, enquanto o líder do governo no Congresso constituinte, Carlos Sant’Anna (PMDB-BA), dizia que a emenda era de “desorientação sexual”<sup>109</sup>.

De forma contrária, e representando parcela minoritária no Congresso constituinte, o deputado José Genoíno, do Partido dos Trabalhadores de São Paulo,

<sup>106</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p. 185.

<sup>107</sup> MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?**. São Paulo: Editora Letramento, 2017, p. 85.

<sup>108</sup> MARQUES, Luis. Plenário recusa emenda contra discriminação a homossexual. **Folha de São Paulo**, São Paulo/SP, 20 de jan. de 1988. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/123538/1988\\_23%20a%2031%20de%20Janeiro\\_186.pdf?sequence=1](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/123538/1988_23%20a%2031%20de%20Janeiro_186.pdf?sequence=1). Acesso em: 21 jul. 2020.

<sup>109</sup> MARQUES, Luis. Plenário recusa emenda contra discriminação a homossexual.

autor da proposta de emenda, utilizou da tribuna para fazer um encaminhamento, em que negava qualquer dimensão exótica da emenda contra a discriminação de homossexuais. Genoíno ainda citava um documento emitido pelo governo canadense, no qual a expressão “orientação sexual” estava inscrita entre os fatores a não serem discriminados. O deputado petista terminou sua arguição dizendo: “E, em verdade, este é um inequívoco direito da cidadania”<sup>110</sup>.

E assistia razão o deputado José Genoíno, uma vez que “a discriminação compromete o funcionamento da democracia porque esse regime político está baseado no princípio da cidadania, uma categoria que pressupõe o reconhecimento de todos” os sujeitos integrantes da comunidade política como indivíduos dignos da mesma consideração e respeito<sup>111</sup>.

Entretanto, após realizar esse registro acerca da discriminação institucional dentro da Assembléia Constituinte, deve-se destacar que, embora o texto constitucional não tenha feito qualquer menção acerca da vedação da discriminação em razão da orientação sexual, os direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+ estão plenamente protegidos. Essa proteção está abarcada nos princípios da igualdade e na dignidade da pessoa humana, os quais estão contemplados na Constituição Federal brasileira promulgada em 1988.

Ainda, o próprio artigo 3º, inciso IV, da Constituição supramencionada, estabelece a “vedação de diferenciação por motivo de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”. Entretanto, a hipótese de proibição de diferenciação por orientação sexual, por exemplo, não está explícita no texto constitucional vigente<sup>112</sup>. Todavia, de acordo com Roger Raupp Rios,

Em primeiro lugar, saliente-se que as proibições de discriminação por este ou aquele critério são entendidas como apelo e recordação de fatores que frequentemente são utilizados como pretextos injustificados de discriminação, o que não exclui a interdição de outras diferenciações arbitrárias. Deste modo, a ausência de expressa previsão do critério orientação sexual não é obstáculo para seu reconhecimento, não bastasse a

---

<sup>110</sup> MARQUES, Luis. Plenário recusa emenda contra discriminação a homossexual.

<sup>111</sup> MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?**. p. 85-86 e 90.

<sup>112</sup> RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v. 2, n. 2, p. 383-408, 2001, p. 392. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/viewFile/2410/1645>. Acesso em: 23 ago. 2020.

explícita abertura constitucional para hipóteses não arroladas explicitamente no texto normativo<sup>113</sup>.

No mesmo sentido, friza-se que as proibições de diferenciação são raízes da enunciação geral do princípio da igualdade, “cujo aspecto formal se reforça mediante a enumeração destes critérios.”. Destaca-se que este dado se corrobora ainda mais diante da não-obrigatoriedade “da expressa enunciação da proibição de discriminação, além de revelar o equívoco do raciocínio que sustenta a taxatividade dos critérios proibitivos de diferenciação.”<sup>114</sup>. Em outras palavras, não se faz necessário que o texto constitucional vede explicitamente a discriminação em razão da orientação sexual, para que tal conduta seja reprovada pela Constituição. Ou seja, no que tange ao conteúdo disposto no artigo 3º, inciso IV da Constituição da República Federativa do Brasil, tal rol de vedação à diferenciação e a discriminação não deve ser interpretado de forma taxativa, mas sim para reprová-la qualquer que seja a discriminação provocada ou experimentada por determinado sujeito, em nome do princípio da igualdade e da dignidade humana.

Salienta-se que, o princípio da igualdade tem uma função transformadora que impõe ao Estado o dever de criação de políticas públicas que viabilizem a inclusão de grupos sociais minoritários. E de fato, vê-se que na contemporaneidade há o surgimento de uma ideia de igualdade inclusiva, que se baseia na obrigação que as Instituições do Estado têm de promover uma integração social e de eliminação gradual de todas as formas de discriminação<sup>115</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 impõe às Instituições do Estado o dever constitucional de proteger e efetivar os Direitos Fundamentais das minorias sexuais. Igualmente, o texto constitucional garante “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”<sup>116</sup>, o que confirma a tese de que não deve existir qualquer espécie de discriminação e negação

---

<sup>113</sup> RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. p. 392.

<sup>114</sup> RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. p. 392.

<sup>115</sup> MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?**. p. 65-67.

<sup>116</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988.

de direitos, inclusive àquelas pessoas que integram grupos minoritários, como é o caso das minorias sexuais por exemplo.

Conclui-se, portanto, que “o legislador constituinte reconheceu o direito das minorias, não se justificando qualquer ato de preconceito social e/ou discriminação, contrários a dignidade da pessoa humana e ao exercício da democracia social”. Sendo assim, “o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 consagra os ideais de igualdade e justiça como ‘valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos’”<sup>117</sup>.

#### 1.4 A AUSÊNCIA DE UMA CULTURA CONSTITUCIONAL NO BRASIL

A noção de Constituição surge com o constitucionalismo no século XVIII. Nesse sentido, mesmo já tendo se passado aproximadamente dois séculos e meio de constitucionalismo, constata-se que o conceito de Constituição até o presente momento não é unívoco<sup>118</sup>.

Existe uma pluralidade de sentidos e significados que são decorrentes da própria complexidade da Constituição, uma vez que ela é composta por múltiplas facetas e projeções. É em razão disso que os conceitos de Constituição variam de acordo com as diversas identidades e forças culturais de cada comunidade jurídico-social em que ela está inserida<sup>119</sup>. E como resultado dessa fusão entre sociedade e Constituição, se origina a chamada identidade constitucional que também pode ser identificada como cultura constitucional.

Desse modo, pode-se afirmar que a cultura constitucional diz respeito ao nível de conhecimento que os cidadãos de determinada sociedade têm de sua própria Constituição. No entanto, a cultura constitucional não se resume à mera preocupação

---

<sup>117</sup> ALBUQUERQUE, Isete Evangelista. O direito das minorias na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a situação dos índios enquanto minoria étnica do Estado brasileiro. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 06, n. 02, p. 11-32, 2013, p. 16. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11769>. Acesso em: 23 ago. 2020.

<sup>118</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. p. 81-130.

<sup>119</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teorias constitucionais em perspectiva**: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005. p. 22-54.



da população ter conhecimento do conteúdo do texto constitucional, mas também consiste na questão da opinião que a própria sociedade tem da sua Constituição. Ou seja, a cultura constitucional se estabelece no próprio sentimento que a população mantém com a Constituição<sup>120</sup>.

De forma semelhante, Peter Häberle define a cultura constitucional como a reunião de atitudes, atividades, valores e experiências, tanto na esfera pessoal do indivíduo, quanto nas associações, em órgãos estatais ou em quaisquer outros entes que de alguma forma se relacionam com a Constituição<sup>121</sup>. É nesse sentido que Häberle trata a cultura constitucional como expressão de um estado de desenvolvimento cultural, que serve como instrumento para a representação cultural de um determinado povo, servindo como reflexo do seu patrimônio cultural e também como fundamento de suas esperanças<sup>122</sup>.

Seguramente, a concepção cultural de Constituição de acordo com Häberle, consiste no “desenvolvimento de uma consciência constitucional coletiva, que abranja tanto os operadores como os não operadores do direito, como passo fundamental à formação de uma ‘sociedade aberta’ de intérpretes”. Essa concepção criada pelo catedrático de Bayreuth entende que a Constituição tem um aspecto sociológico, político e jurídico. Significando que, “ao mesmo tempo em que uma Constituição é resultante da cultura de um povo, ela também é condicionante dessa mesma cultura com seu surgimento, contribuindo para formação de novos valores”<sup>123</sup>.

Uma constituição cultural deve ser indispensavelmente plural, entendendo-se por “plural” uma constituição que abrange e protege tanto os direitos das majorias, quanto das minorias. Ainda, utiliza-se o exemplo do racismo, em que não é suficiente que a Constituição tenha positivado que a prática do racismo é crime para que tal

---

<sup>120</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 177.

<sup>121</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Editora SAFE, 1997. p. 37.

<sup>122</sup> HÄBERLE, Peter. Métodos y principios de interpretación Constitucional: Un catálogo de problemas. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, n. 13, p. 379-414. Jan. 2010. p. 384.

<sup>123</sup> DE LAZARI, Rafael José Nadim. A importância da concepção cultural da Lei Fundamental para o desenvolvimento do saber jurídico-constitucional. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Palhoça, v. 4, n. 7, p. 63-76, nov. 2013. p. 66-68. ISSN 2358-601X. Disponível em: <[http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U\\_Fato\\_Direito/article/view/1756](http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1756)>. Acesso em: 12 ago. 2020.

delito não ocorra. Pelo contrário, é necessário que se fomente uma cultura pluralista para que as pessoas deixem de ser racistas.

Entender a Constituição como pluralismo pressupõe a clarificação do conceito de pluralismo: é a representação de uma diversidade de interesses e ideias. Essa teoria constitucional pluralista rechaça, portanto, tudo o que podemos caracterizar com a palavra fundamentalismo ou Estado totalitário [...] A Constituição do pluralismo começa sua vida nos fins educativos, nas aulas escolares, mas, ao fim e ao cabo, tem de ser vivida por todos os cidadãos, partidos políticos e grupos privados<sup>124</sup>.

Uma outra dimensão de cultura constitucional consiste na própria leitura e articulação que cada sociedade faz do texto constitucional com as culturas particulares sobre as quais ela opera. Essa compreensão cultural de Constituição não é engessada ao resultado constituinte originário, mas também se vincula as vivências cotidianas, concretizações e transformações sociais. No entanto, não se esta aqui a negar a importância do momento constituinte, mas sim afirmando que a vivência e o sentimento constitucional é o que garante a força normativa e a efetividade da Constituição.

Em outras palavras, o elemento vital de toda Constituição consiste na sua “capacidade de mobilizar as emoções e energias sociais com vistas à sua realização”<sup>125</sup>. Por essa razão, entende-se que a vitalidade constitucional depende diretamente da relação que os cidadãos mantêm com a própria Constituição, importando destacar que a força vital de uma Constituição é condicionada a existência de elementos como: a) vontade de constituição; e b) sentimento constitucional.

Nesse sentido, a importância da “vontade de constituição” é reconhecida por Konrad Hesse num momento de decadência do normativismo, afirmando que “em certos casos a Constituição jurídica acaba sucumbindo diante da realidade”. Entretanto, há casos em que a Constituição escrita é investida de força normativa apta a modificar esta realidade, bastando a existência de vontade de constituição<sup>126</sup>.

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem

---

<sup>124</sup> VALADÉS, Diego. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 46-47.

<sup>125</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição e o pluralismo na encruzilhada: justiça constitucional como guardião das minorias políticas. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 2, p. 79-131, jul. 2003, p. 81.

<sup>126</sup> DE LAZARI, Rafael José Nadim. A importância da concepção cultural da Lei Fundamental para o desenvolvimento do saber jurídico-constitucional. p. 68.

efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem<sup>127</sup>.

Para Hesse, é a consciência coletiva e o espírito de todos que instala a vontade de constituição, opondo-se aos ideais constitucionais antidemocráticos. Além disso, o jurista alemão destaca que a vontade de constituição se origina “na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme”; bem como “na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação)”; mas que também se instala sobre a “consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade”<sup>128</sup>.

Por outro lado, o sentimento constitucional no âmago da sociedade é outro elemento essencial para que se vivencie uma cultura constitucional. Dessa maneira, Raul Machado Horta dispõe que:

o acatamento à Constituição, para assegurar sua permanência, não se resolve exclusivamente no mundo das normas jurídicas, que modela e conduz à supremacia da Constituição. O acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão à Constituição, que se espalha na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional. É o domínio do sentimento constitucional<sup>129</sup>.

É com o sentimento constitucional que surge a adesão da população aos ditames constitucionais, e essa adesão somente ocorre quando os cidadãos partilham da convicção de que as normas constitucionais são justas e necessárias para o desenvolvimento da sociedade. Ainda, o sentimento constitucional está intimamente ligado com os valores partilhados entre os cidadãos, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana, por exemplo. Ou seja, se há o reconhecimento e a convicção de

---

<sup>127</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Editora SAFE, 1991, p. 19.

<sup>128</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. p. 19-20.

<sup>129</sup> HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 115, p. 5-26, jul./set. 1992, p. 08. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176002>. Acesso em: 13 ago. 2020.

que as normas constitucionais condizem com o que o corpo social identifica como justo, se perfectibiliza o sentimento constitucional<sup>130</sup>.

Há que se falar também que a vitalidade de uma cultura constitucional depende da disposição dos sujeitos em reconhecer e aceitar que estão vinculados a uma Constituição que cria instituições de poder, e que também estabelece limites sobre a atuação desse próprio poder. Para isso, a Constituição deve ser comprometida com os parâmetros normativos do constitucionalismo e também servir como promotora da dignidade da pessoa humana. Aliás, a cultura constitucional se estabelece “na medida em que os próprios cidadãos, individual e coletivamente, identifiquem-se no próprio parâmetro fundador e motriz do constitucionalismo, interiorizando-o e pondo-o em prática.”<sup>131</sup>. Isto é, “um parâmetro em torno do qual cidadãos livres e iguais, fraternamente, identifiquem-se com uma unidade em pluralidade que deve promover a dignidade de todos”<sup>132</sup>.

Todavia, o desenvolvimento humano emancipatório ligado às premissas do constitucionalismo tem a educação como um de seus principais pressupostos de realização. A educação “está intimamente vinculada a qualquer discurso referente ao processo de fortalecimento dos laços entre os cidadãos na identidade constitucional e na comunidade, de formação e cultivo de uma cultura de constituição.”<sup>133</sup>. É nesse sentido que expõe Marcos Leite Garcia:

Evidentemente que a questão da educação do cidadão está intimamente conectada com a questão da participação do mesmo em dito espaço público. Somente um cidadão educado poderá se interessar pelos assuntos de sua comunidade e das demais comunidades conectadas a uma determinada demanda comum. Uma educação que invista no aprendizado dos direitos fundamentais e da cidadania, que desenvolva o argumento a favor dos direitos de todos, dos direitos de cidadania e que considere o diálogo como forma de resolver os conflitos<sup>134</sup>.

Por conseguinte, o baixo nível educacional de uma determinada sociedade resulta numa ausência de participação política, em que o próprio cidadão desconhece

---

<sup>130</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. **El sentimiento constitucional**: Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política. Madrid: Editora Reus, 1985. p. 64.

<sup>131</sup> BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Cultura Constitucional**. Tese de doutorado em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2016. p. 303-304

<sup>132</sup> BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Cultura Constitucional**. p. 303-304.

<sup>133</sup> BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Cultura Constitucional**. p. 312.

<sup>134</sup> GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos direitos fundamentais e as demandas transnacionais. p. 117.

seus direitos e deveres. Do mesmo modo, o cidadão sem educação constitucional acaba por não assumir o seu papel dentro do Estado democrático de Direito, desconhecendo a sua importância no que tange ao fortalecimento dos direitos fundamentais.

Conseqüentemente, a educação é pressuposto fundamental de uma democracia constitucional plena e organizada à luz da dignidade da pessoa humana. A Constituição no constitucionalismo deve servir como norte dos cidadãos no sentido de educá-los para que haja um comprometimento com um projeto comum de igual dignidade. A pedagogia constitucional se apresenta como um instrumento de “integração dos indivíduos com e no projeto constitucional a partir do fortalecimento dos laços de pertença do cidadão”, sem a presença de amarras religiosas por exemplo, “mas com esse *ethos* pluralista de liberdade e igualdade da identidade do constitucionalismo”<sup>135</sup>. “O reforço desse *ethos* – pluralista, inclusivo e democrático – como próprio da comunidade e seus cidadãos é essencial para que a identidade constitucional ganhe vida enquanto cultura constitucional”<sup>136</sup>.

Verdadeiramente, destaca-se que tão somente por meio da educação é que se constrói uma cultura constitucional que institui os direitos fundamentais na mentalidade cultural de um povo. Ou seja, faz com que os cidadãos tenham ciência da natureza inclusiva e pluralística dos direitos fundamentais, no sentido de que todos os cidadãos devem gozar de iguais direitos quando se encontrarem em condição de igualdade. E, quando determinados sujeitos se encontrarem impedidos de gozar de algum direito por conta de uma condição de desigualdade, deve-se haver uma consciência coletiva empenhada a compensar essa desigualdade para que esse cidadão também possa ter tal direito efetivado e usufruído<sup>137</sup>. É por meio dessa forma que se pode estabelecer uma identidade constitucional e uma cultura constitucional.

Sem a identidade entre a ordem constitucional e o sujeito constitucional, portanto, sem que seja maximamente reconhecido que o Estado se justifica em referência à premissa do constitucionalismo, por conseguinte, sem que seja difundido um sentimento quanto à legitimidade da ordem, sempre

---

<sup>135</sup> BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Cultura Constitucional**. p. 323.

<sup>136</sup> BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Cultura Constitucional**. p. 323.

<sup>137</sup> GARCIA, Marcos Leite. Características básicas do conceito integral de direitos humanos fundamentais. p. 6211.

renovada, não se poderá falar em cultura de constituição, tampouco em vontade constitucional, quanto menos em cultura constitucional<sup>138</sup>.

Sendo assim, constata-se que é indispensável ao Estado democrático de Direito o conhecimento e a vivência de uma cultura constitucional pela população. Por esta razão, como recorte metodológico, far-se-á uma análise para apurar se há de fato a existência de uma cultura constitucional no Brasil, a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse sentido, em setembro de 2013, em comemoração aos 25 anos da Constituição Federal brasileira, o Senado Federal realizou uma pesquisa que objetivava saber qual era o nível de conhecimento que os brasileiros tinham a respeito do texto constitucional. O resultado desta pesquisa revelou que: a) 7,8% dos entrevistados disseram que não possuem qualquer conhecimento sobre a Constituição; b) 35,1% dos entrevistados disseram ter baixo conhecimento sobre a Constituição; c) 50,8% dos participantes disseram ter médio conhecimento sobre a Constituição; d) 5,3% dos entrevistados disseram ter um alto nível de conhecimento da Constituição; e) 84,1% dos entrevistados acham que a Constituição Federal não é respeitada<sup>139</sup>.

A pesquisa coordenada pelo DataSenado, obteve a seguinte conclusão: “os resultados demonstraram que direitos, deveres e normas constitucionais precisam de mais divulgação entre os brasileiros.”<sup>140</sup>. Nesse sentido, observa-se que no ano de 2013, mesmo após 25 anos da promulgação da Constituição Federal, a população brasileira em sua grande maioria ainda carecia de conhecimento constitucional.

De forma análoga, no ano de 2017, foi realizada uma pesquisa referente à cultura constitucional no Brasil para novamente se apurar o nível de conhecimento da Constituição Federal de 1988 pela população brasileira. Essa pesquisa foi realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), sob coordenação e

---

<sup>138</sup> BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Cultura Constitucional**. p. 333.

<sup>139</sup> DATASENADO. **25 anos da Constituição**: relatório de pesquisa. Brasília/DF: Coordenação de Pesquisa e Opinião da Secretaria de Transparência do Senado Federal, 2013. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/materias/pdf/DataSenadoPesquisa25\\_anos\\_CF.pdf](https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/materias/pdf/DataSenadoPesquisa25_anos_CF.pdf). Acesso em: 16 ago. 2020.

<sup>140</sup> DATASENADO. **25 anos da Constituição**: relatório de pesquisa.

financiamento de João Paulo Pessoa e Marcelo Figueiredo, este que até então era presidente da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD)<sup>141</sup>.

Ainda, “O objetivo geral da pesquisa é identificar se a população brasileira conhece (e, em caso positivo, em que nível) a Constituição Federal de 1988 e a importância atribuída a ela pelos cidadãos”<sup>142</sup>. Em razão disso, passa-se agora à análise das respostas obtidas na referida pesquisa de 2017.

Isto é, a primeira pergunta dirigida aos entrevistados era “Na sua opinião, o que é a Constituição Federal brasileira?”. Como resposta, 64% dos entrevistados disseram não saber ou não responderam à pergunta. A partir disso, vislumbra-se que a maioria dos entrevistados não soube definir o que é a Constituição Federal<sup>143</sup>.

Ainda, quando os entrevistados foram questionados acerca do quanto conheciam a Constituição Federal brasileira: a) 4% disseram que conheciam muito; b) 18% disseram que conheciam alguma coisa; c) 41% disseram que conheciam pouco; e d) 35% disseram que não conheciam nada. No mesmo sentido, quando questionados acerca do quanto os entrevistados acreditavam que a Constituição era cumprida, se obteve as seguintes respostas: a) 8% disseram que acreditam que a Constituição é muito cumprida; b) 13% disseram que acreditam que a Constituição é cumprida parcialmente; c) 39% disseram que acreditam que a Constituição é pouco cumprida; e d) 31% disseram que a Constituição não é cumprida em nada<sup>144</sup>.

E por último, quando questionados acerca de quais as fontes de informação que o entrevistado mais ouvia falar sobre a Constituição Federal, cerca de 56% deram a televisão como resposta. No entanto, observa-se que apenas 5% dos entrevistados deram como fonte de informação as conversas com parentes e amigos, o que evidencia uma ausência desse tipo de diálogo no cotidiano dos brasileiros<sup>145</sup>.

Por conseguinte, ao analisar ambos os resultados das pesquisas realizadas em 2013, pelo DataSenado, e em 2017, pelo IBOPE, resta evidente a ausência de

---

<sup>141</sup> PESSOA, João Paulo. **A cultura constitucional no Brasil**. Tese de doutorado em Direito. Curso de Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo/SP, 2019. Anexo III. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22070>. Acesso em: 16 ago. 2020.

<sup>142</sup> PESSOA, João Paulo. **A cultura constitucional no Brasil**. p. 108.

<sup>143</sup> PESSOA, João Paulo. **A cultura constitucional no Brasil**. p. 112-113.

<sup>144</sup> PESSOA, João Paulo. **A cultura constitucional no Brasil**. p. 114.

<sup>145</sup> PESSOA, João Paulo. **A cultura constitucional no Brasil**. p. 115.

cultura constitucional no Brasil, uma vez que a maior parcela da população desconhece o teor da Constituição Federal. Denota-se um distanciamento da população de tudo o que está consagrado no texto constitucional.

Nesse aspecto, friza-se que a única forma de se tornarem efetivos os direitos fundamentais contemplados na Constituição Federal, é que haja pleno conhecimento dos direitos e deveres constitucionais pela população, para que possam ser exigidos ao Estado. É a partir dessa ideia que se faz necessária uma “popularização” da Constituição Federal, o que não se confunde e nem tem correlação com o “populismo”.

Em prol da disseminação da consciência constitucional, como meio de reformular o saber jurídico constitucional sob a égide da concepção cultural (e pluralista) de Lei Fundamental, pois, é preciso que o ensino do direito constitucional saia das cátedras sociais aplicadas e invada salas de aula, estabelecimentos comerciais, estabelecimentos recreativos, redes sociais etc<sup>146</sup>.

É importante que a Constituição Federal esteja presente nas rodas de conversa e na mentalidade coletiva. A superação dessa ausência de conhecimento constitucional pela população brasileira somente se dará com a implementação de uma nova educação. De acordo com Häberle:

Os objetivos da educação se constituem como base da Constituição do pluralismo e da liberdade. A Constituição da liberdade depende da educação, uma vez que a abertura da sociedade ao pluralismo e a Constituição só podem se sustentar tendo como base as substâncias educacionais e culturais. [...] As democracias liberais necessitam de um “apoio” material interno, através de fins educativos fundamentais, que se orientam pelos direitos humanos, pela tolerância, solidariedade, responsabilidade, humanidade, etc<sup>147</sup>.

Portanto, quando há uma carência educacional e os valores constitucionais se fazem presentes apenas formalmente e constituídos somente no sentido jurídico tradicional, os mesmos se encontram ameaçados. A vontade de Constituição exige

---

<sup>146</sup> DE LAZARI, Rafael José Nadim. A importância da concepção cultural da Lei Fundamental para o desenvolvimento do saber jurídico-constitucional. p. 74.

<sup>147</sup> “Los fines de la educación se constituyen en condiciones de base de la Constitución del pluralismo y de la libertad. La Constitución de la libertad depende de que se pongan al descubierto los contenidos de la educación, ya que la apertura de la sociedad y la Constitución solamente pueden sostenerse frente al trasfondo de sustancias educativas y culturales. [...] Las democracias en libertad requieren de un “soporte” interno material, a través de fines educativos fundamentales, que se orientan por los derechos humanos, la tolerancia, la solidaridad, la responsabilidad, la humanidad, el trabajo, etcétera.”. Tradução livre de: HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. p. 189.



contribuições educativas para conduzir a sociedade a uma compreensão da Constituição e aos conhecimentos cívicos mínimos<sup>148</sup>.

A ausência de uma cultura constitucional no Brasil é causa e consequência da intolerância ao diferente e das discriminações vivenciadas pelas minorias sexuais. O desconhecimento dos preceitos constitucionais vigentes e a falta de vivência constitucional prejudica a efetivação da dignidade da pessoa humana aos grupos minoritários, uma vez que as majorias desconhecem o espírito fraterno e solidário estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988.

Por fim, constata-se que somente com uma cultura constitucional é que se tem efetivos os direitos fundamentais a todos os cidadãos, independentemente das escolhas ou modo em que se vive, uma vez que o fio que liga a sociedade é a própria identidade constitucional, e não mandados religiosos ou negacionistas.

---

<sup>148</sup> HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. p. 189-190.

## CAPÍTULO 2

### JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ACOLHIMENTO DAS PAUTAS LGBTQIA+

#### 2.1 A DEMOCRACIA BRASILEIRA E AS MINORIAS SEXUAIS COMO “BODE EXPIATÓRIO” DAS MAIORIAS

De início, importa discorrer acerca da ideia de democracia majoritária, que também pode ser chamada de democracia plebiscitária. Conforme conceitua o jurista italiano Luigi Ferrajoli, essa concepção de democracia consiste essencialmente na onipotência da maioria<sup>149</sup>.

Desse ideal de democracia decorre uma série de consequências, como: a desqualificação das regras e dos limites do Poder Executivo, o qual se apresenta como a expressão da maioria, e conseqüentemente se tem a desvalorização da separação dos poderes e o despreço ao que o parlamento representa. Essa classificação de democracia majoritária sustenta que, tudo o que for consensual pela própria maioria, se faz apta a legitimar qualquer abuso<sup>150</sup>.

Em síntese, há uma rejeição aos limites impostos ao Poder Executivo e ao sistema de contrapesos, que formam a substância da democracia constitucional, que mais a frente será tratada de maneira pormenorizada. E, a partir dessa visão onipotente da maioria, se extrai uma conotação plebiscitária e antiparlamentarista de democracia, que encontra sua expressão mais apropriada no presidencialismo. Ou seja, é a própria delegação de todo o poder ao chefe do Poder Executivo, simbolizando uma expressão direta da soberania popular<sup>151</sup>.

Igualmente, essa concepção pode ser chamada de “ideologia da maioria”. Também, essa ideologia representa um ideal antigo na história do pensamento

---

<sup>149</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 25.

<sup>150</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 25.

<sup>151</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 25.

político. É a ideia do governo dos homens contraposto ao governo das leis. Uma ilusão que sempre volta nos momentos de crise democrática. Evidentemente, essa concepção de democracia como onipotência da maioria é claramente inconstitucional, uma vez que a Constituição é justamente um sistema de limites e de vínculos a todo poder. Essa ideia de democracia tem uma inevitável conotação absolutista que, está alinhada com a concepção hoje dominante do liberalismo que, de modo similar, vem se identificando cada vez mais para o sentido comum com a ausência de regras e de limites tanto para o mercado, quanto para os poderes da maioria. Essa percepção de democracia indica inegável desdém pelas regras e controles impostos tanto para a esfera pública quanto para a esfera econômica<sup>152</sup>.

No entanto, há que se considerar que a competição presente entre os diversos partidos políticos, faz necessário poder contar com uma regra que permita sistematizar as decisões coletivas na escolha de seus líderes. Ao contrário disso, existiria uma porta para o caos e para a instabilidade eterna. Nesse sentido, a regra que ajuda a evitar esses riscos, é a regra da maioria<sup>153</sup>.

Foram propostas algumas classes de argumentos para justificar a democracia majoritária: argumentos axiológicos e argumentos técnicos. No que tange à primeira classe, sustentada por Kelsen, a regra da maioria se encontra amparada pelos próprios valores que promove. De acordo com Kelsen, graças a essa regra de decisão, é possível compatibilizar os valores de liberdade e igualdade com a necessidade de adotar decisões<sup>154</sup>.

Por outro lado, no que concerne aos argumentos técnicos defendidos por Bobbio, estes justificam a regra da maioria simplesmente porque constitui um instrumento eficiente para a tomada de decisões em uma coletividade. O fato é que a regra da maioria está relacionada com a forma em que se exerce o poder político e não é um mecanismo exclusivo da democracia. Isto é, “Bobbio nos recuerda que, desde la República romana, la regla de mayoría siempre ha sido el mecanismo técnico idóneo para tomar decisiones en las *universitates*, en los órganos colegiados”<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 25-27.

<sup>153</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional: Una radiografía teórica**. p. 132.

<sup>154</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional: Una radiografía teórica**. p. 133.

<sup>155</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional: Una radiografía teórica**. p. 133.

Todavía, frisa-se que a regra da maioria não é exclusividade do regime democrático. Ainda, a verdadeira garantia da igualdade e da liberdade democrática se encontram no sufrágio universal. E a regra da maioria pode perfeitamente ser aplicada em uma sociedade em que o sufrágio universal não existe e que, portanto, não é uma sociedade democrática<sup>156</sup>.

Para isso, se adotada a concepção técnica da regra da maioria, deve-se reconhecer a existência de certos limites para a sua aplicação.

En ese sentido, Bobbio afirma que existen límites de tres tipos: de validez, de aplicación y de eficacia. El límite de validez nos lleva a responder negativamente al conocido “dilema de la democracia” que problematiza la actitud que debe adoptar un sistema democrático ante los intolerantes: ¿debemos admitir la participación de aquellos individuos que buscan convertirse en mayoría para abolir el principio mayoritario? La cuestión no es meramente académica, como lo demuestra el caso de la Alemania nazi: si no respetamos los límites de validez, la democracia podrá vaciarse desde su interior para convertirse en su contrario<sup>157</sup>.

Além disso, com relação ao limite de aplicação, pode-se afirmar que essa limitação se desprende da existência de algumas matérias que, por sua própria natureza, não podem ser decididas pelas maiorias. Por último, fala-se em limitação de eficácia, que trata de todas as promessas não cumpridas pelo princípio majoritário<sup>158</sup>.

Desse modo, diversos autores como Garzón Valdés e Luigi Ferrajoli, sustentam que os direitos fundamentais são uma dessas matérias em que não é legítimo aplicar a regra da maioria. Os direitos fundamentais são direitos contra a maioria e estão fora do campo de deliberação majoritária. A ideia que se tem é que não é legítimo restringir nenhum direito fundamental por meio de uma decisão majoritária, nem mesmo as maiorias podem deliberar pela restrição de alguma garantia pertencente a classe dos direitos fundamentais. Na linguagem de Ferrajoli, os direitos fundamentais representam uma espécie de esfera indecidível, que deve agir como contenção da força da maioria<sup>159</sup>.

Entretanto, o próprio princípio democrático pode ser desrespeitado quando determinada sociedade, em sua maioria, desconhece os limites e os preceitos formadores de um Estado democrático de direito. Em decorrência disso, há que se

<sup>156</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional**: Una radiografía teórica. p. 134.

<sup>157</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional**: Una radiografía teórica. p. 134.

<sup>158</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional**: Una radiografía teórica. p. 135.

<sup>159</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional**: Una radiografía teórica. p. 135.

falar nos frequentes ataques à democracia brasileira e aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a partir do golpe de 2016, que destituiu Dilma Rousseff da Presidência da República. Isto é, o *impeachment* de Dilma se deu por forte pressão das grandes elites econômicas, e abriu espaço para a ocorrência de uma escalada autoritária nos anos subsequentes.

As eleições presidenciais de 2018 contaram com inúmeros eventos de desrespeito às premissas constitucionais vigentes e ao espírito democrático, tendo como protagonista principal desses ocorridos, o presidente da república Jair Messias Bolsonaro. O programa eleitoral de Bolsonaro foi baseado principalmente em ataques antidemocráticos aos opositores, com a propagação de *fake news* por meio do aplicativo *WhatsApp* visando a promoção do ódio contra as minorias sexuais.

A ex-presidente da Costa Rica e chefe da missão de observação eleitoral da Organização dos Estados Americanos (OEA) no Brasil, Laura Chincilla, “considerou caso sem precedentes o uso do WhatsApp para disseminação de notícias falsas na eleição brasileira”<sup>160</sup>. Nas eleições de 2018, a principal ferramenta para disseminação de notícias falsas, foi o *WhatsApp*.

No Brasil, por meio de uma pesquisa encomendada pela Avaaz, sob condução do IDEIA Big Data, foi perguntado aos eleitores “se tinham visto e acreditado em cinco das fake news mais populares nas redes sociais durante as últimas semanas das eleições”. Como resposta, 98,2% dos eleitores de Jair Bolsonaro demonstraram que “tinham sido expostos a uma ou mais daquelas notícias falsas, e 89,8% acreditaram que fossem embasadas em verdade”<sup>161</sup>.

O boato de que Fernando Haddad, candidato do Partido dos Trabalhadores, queria distribuir “kits gay”, foi uma das maiores *fake news* propagadas por Bolsonaro. E, de acordo com a pesquisa supramencionada, 83,7% dos eleitores de Bolsonaro entrevistados acreditaram que seriam distribuídos “kits gay” nas escolas caso o candidato petista vencesse as eleições<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> MOURA, Maurício; CORBELLINI, Juliano. **A eleição disruptiva**: por que Bolsonaro venceu. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 127.

<sup>161</sup> MOURA, Maurício; CORBELLINI, Juliano. **A eleição disruptiva**: por que Bolsonaro venceu. p. 129.

<sup>162</sup> MOURA, Maurício; CORBELLINI, Juliano. **A eleição disruptiva**: por que Bolsonaro venceu. p. 130.

Além disso, Jair Bolsonaro chegou a afirmar a *fake news* do “kit gay” em entrevista ao Jornal Nacional, tendo mostrado um livro sobre educação sexual que nunca havia sido comprado pelo Ministério da Educação, e sequer constava no plano de governo de Fernando Haddad<sup>163</sup>. As novas tecnologias foram utilizadas para dissipar informações falsas, valendo-se de pautas polêmicas e discriminatórias, que inegavelmente mexem com a capacidade reflexiva da população que, em grande parte, carece de uma educação constitucional e tecnológica para discernir o que é fato ou *fake*<sup>164</sup>.

Se valendo da chamada “política da ansiedade sexual”, Bolsonaro propagou discurso de ódio contra as minorias sexuais, visando conquistar a simpatia dos defensores da “família brasileira”, pondo o adversário petista como inimigo dos valores tradicionais. Isto é, “Se o demagogo é o pai da nação, então qualquer ameaça à masculinidade patriarcal e à família tradicional enfraquece a visão fascista de força”<sup>165</sup>.

Essas ameaças incluem o chamado desvio sexual, e a “propaganda fascista amplia esse medo ao sexualizar a ameaça do outro. Como a política fascista tem, na sua base, a tradicional família patriarcal, ela é naturalmente acompanhada de pânico sobre os desvios dessa família”. É nesse sentido que a comunidade LGBTQIA+ é usada “para aumentar a ansiedade e o pânico sobre a ameaça aos papéis masculinos tradicionais”<sup>166</sup>. Igualmente, Jason Stanley entende que:

A masculinidade patriarcal cria homens com a expectativa de que a sociedade lhes permitirá o papel de únicos protetores e provedores de suas famílias. Em tempos de extrema ansiedade econômica, os homens, já preocupados com a percepção de perda de status resultante do aumento da igualdade de gênero, podem facilmente entrar em pânico por conta da demagogia dirigida contra as minorias sexuais. Aqui a política fascista intencionalmente distorce a fonte de ansiedade. (Um político fascista não tem intenção de abordar as causas básicas das dificuldades econômicas.) A política fascista distorce a ansiedade masculina, acentuada pela ansiedade econômica, transformando-a em temor de que sua família esteja sob ameaça

<sup>163</sup> DELLA COLETTA, Ricardo. Bolsonaro mentiu ao falar de livro de educação sexual no ‘Jornal Nacional’. **El País**, São Paulo, 29 de ago. de 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/29/politica/1535564207\\_054097.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/29/politica/1535564207_054097.html). Acesso em: 19 set. de 2020.

<sup>164</sup> MOURA, Maurício; CORBELLINI, Juliano. **A eleição disruptiva**: por que Bolsonaro venceu. p. 130-131.

<sup>165</sup> STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo**: a política do “nós” e “eles”. Tradução de: Bruno Alexander. Porto Alegre: L&PM, 2019. p. 127.

<sup>166</sup> STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo**: a política do “nós” e “eles”. p. 127.

existencial por parte daqueles que rejeitam sua estrutura e suas tradições<sup>167</sup>.

É em decorrência da hierarquia de gênero para a ideologia fascista, “o fato de que os políticos têm tentado fomentar a histeria em massa”<sup>168</sup> utilizando as minorias sexuais como bode expiatório dessa política de ansiedade sexual. Melhor dizendo, a população brasileira não ostenta altos níveis de educação constitucional democrática e, políticos mal-intencionados viesados ao autoritarismo, se utilizam de pautas polêmicas para manipular a sociedade e “demonizar” o oponente. Acrescenta-se que o “ódio somatizado transforma-se, então, em força pessoal autodestrutiva ou é dirigido contra o corpo do rival, na conquista de um objeto comum, dentro do mesmo espaço social”<sup>169</sup>.

As minorias sexuais, desde a colonização até a atualidade, sempre serviram como bode expiatório. E, qualquer partido político ou candidato que seja minimamente sensível aos postulados da comunidade LGBTQIA+, é apresentado como um risco aos valores tradicionais da família brasileira. Esse grupo sociológico minoritário é utilizado como meio de expurgação de tensões.

Em algumas obras do sociólogo francês, René Girard, a figura do bode expiatório é interpretado “como o desejo de focalização natural do ódio humano sobre um indivíduo concorrente”<sup>170</sup>. Ademais, os escritos girardianos afirmam que o bode expiatório é “uma verdadeira operação de transferência coletiva que se efetua em detrimento da vítima e que se relaciona com as tensões internas, os rancores, as rivalidades, todas as veleidades recíprocas de agressão no seio da comunidade”<sup>171</sup>.

É em momentos de crise coletiva aguda que essa transferência acontece, no temor da coletividade de perder seu espaço e seu papel social. Esse estado social se concentra nas origens das perseguições coletivas, “como aquelas perpetradas contra os judeus durante a Segunda Guerra Mundial”. No mesmo sentido, o escritor

---

<sup>167</sup> STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo**: a política do “nós” e “eles”. p. 134.

<sup>168</sup> STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo**: a política do “nós” e “eles”. p. 134.

<sup>169</sup> MARQUES, Karina. A figura do bode expiatório em Samuel Rawet: O “desejo mimético” e a destruição do corpo adversário. **LL Journal**, Nova York, 2018. Disponível em: <https://lljournal.commons.gc.cuny.edu/marques/>. Acesso em: 20 set. 2020. p. 01.

<sup>170</sup> MARQUES, Karina. A figura do bode expiatório em Samuel Rawet: O “desejo mimético” e a destruição do corpo adversário. p. 02.

<sup>171</sup> MARQUES, Karina. A figura do bode expiatório em Samuel Rawet: O “desejo mimético” e a destruição do corpo adversário. p. 02.

brasileiro, Samuel Urys Rawet, retrata a sociedade brasileira como um espaço social caótico, e que nela “a proximidade nas relações humanas entre indivíduos literalmente desgovernados provoca trocas hostis, contrariamente à imagem de fraternidade multicultural associada ao Brasil”<sup>172</sup>.

Diante dessa realidade social, há o gerenciamento de tensões, que podem ser explícitas ou veladas, e que propiciam à criação de bodes expiatórios, os quais são escolhidos entre as minorias sociais, raciais ou sexuais<sup>173</sup>. Conforme dispõe Girard, nesses tipos de sociedade,

São as relações humanas que estão caindo aos pedaços e os sujeitos dessas relações não poderiam ser completamente alheios ao fenômeno. Mas, ao invés deles mesmos se culparem, tendem, inevitavelmente, a culparem a sociedade como um todo, o que não os compromete com nada, ou a culparem outros indivíduos que lhes parecem particularmente prejudiciais por razões fáceis de se detectar<sup>174</sup>.

Ao contrário do que se pode pensar, “não é a divergência de pensamentos que justifica a necessidade de um bode expiatório para apaziguar os conflitos, mas a vileza humana que nos é comum”, a qual se aflora no interior de um contexto de disfunção da ordem cultural<sup>175</sup>. É nessa ordem que habita o perigo da democracia estritamente majoritária e que não observa os limites do indecidível, considerando que as maiorias podem ser alvos de manipulação eleitoral e eleger uma liderança avessa aos preceitos democrático constitucionais vigentes, ancorados ao ódio criado contra o bode expiatório da vez.

As razões da omissão e rejeição das pautas das minorias sexuais do campo de deliberação do poder político majoritário são encontradas nas próprias origens das lideranças eleitas. Ou seja, se durante o pleito eleitoral a comunidade LGBTQIA+ é utilizada como objeto de *fake news* e de bode expiatório das maiorias, existem razões suficientes para que, quando tais lideranças chegarem ao Poder, estas estejam

<sup>172</sup> MARQUES, Karina. A figura do bode expiatório em Samuel Rawet: O “desejo mimético” e a destruição do corpo adversário. p. 02.

<sup>173</sup> MARQUES, Karina. A figura do bode expiatório em Samuel Rawet: O “desejo mimético” e a destruição do corpo adversário. p. 02.

<sup>174</sup> MARQUES, Karina. A figura do bode expiatório em Samuel Rawet: O “desejo mimético” e a destruição do corpo adversário. p. 02.

<sup>175</sup> MARQUES, Karina. A figura do bode expiatório em Samuel Rawet: O “desejo mimético” e a destruição do corpo adversário. p. 02.



sujeitas aos limites da democracia constitucional, a fim de proteger as minorias estigmatizadas.

É evidente que as minorias sexuais são marginalizadas e utilizadas para alienação e dominação social, o que contraria os próprios valores democráticos instituídos. Isto é, para que se tenha uma democracia de fato, é necessário que a sociedade escolha seus líderes de forma reflexiva e racional.

No entanto, essa capacidade reflexiva é retirada da população brasileira pela própria ganância das elites econômicas, que marginalizam as minorias para mascarar suas reais intenções. Igualmente, o déficit democrático que ocorre no Brasil, conforme destaca o sociólogo Jessé Souza, se origina no próprio passado escravocrata e colonizador. Quando o sociólogo fala sobre a exclusão social das minorias raciais, pode-se aplicar a mesma lógica no que tange a exclusão e desprezo pela comunidade LGBTQIA+<sup>176</sup>.

É que as classes excluídas em países de passado escravocrata tão presente como o nosso, mesmo que existam minorias de todas as cores entre elas, são uma forma de continuar a escravidão e seus padrões de ataque covarde contra populações indefesas, fragilizadas e superexploradas<sup>177</sup>.

As minorias sociais herdaram “todo o ódio e o desprezo covarde pelos mais frágeis e com menos capacidade de se defender”<sup>178</sup>. A ausência de uma democracia de fato é um projeto de poder. É a continuação da sociedade escravocrata, com aparência democrática, onde a alienação social e o ódio à comunidade LGBTQIA+ são instrumentos de poder. Por essas razões é que se fazem necessárias medidas de limitação do poder majoritário para manter a legitimidade do Estado democrático de direito.

Sendo assim, entende-se que a alienação política não faz parte dos valores democráticos, bem como a ausência de capacidade reflexiva e de alteridade das majorias com relação as minorias sexuais, são elementos que justificam a imposição de limites ao espaço de deliberação do poder majoritariamente eleito. É necessário reforçar a importância de haver um sistema de freios das majorias, para que estas não

---

<sup>176</sup> SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão a Bolsonaro. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019. p. 87.

<sup>177</sup> SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão a Bolsonaro. p. 87.

<sup>178</sup> SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão a Bolsonaro. p. 88.

avancem contra a fronteira dos direitos fundamentais. Dessa forma, como recorte metodológico, no próximo subtítulo far-se-á uma análise acerca da teoria do constitucionalismo democrático na proteção dos direitos fundamentais das minorias sexuais.

## 2.2 O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS SEXUAIS

Inicialmente, é importante destacar que constituição e constitucionalismo não são sinônimos. A concepção envolta da palavra constituição não se confunde com o conceito do constitucionalismo, bem como o constitucionalismo não é compatível com todas as ideias de constituição<sup>179</sup>.

Por constituição, entende-se que esta representa um conjunto de regras que dão identidade a determinado ordenamento jurídico, enquanto que o constitucionalismo consiste numa forma *sui generis* de conceber esse conjunto de regras. Nesse sentido, a garantia de direitos fundamentais e a limitação do poder político majoritário são elementos indispensáveis em uma constituição moderna. Ou seja, para que a constituição esteja em conformidade com o constitucionalismo, o poder político em todos os seus níveis deve estar limitado pela existência de direitos fundamentais<sup>180</sup>.

Igualmente, de acordo com a teoria de Max Weber, a limitação supramencionada trata do poder legal-racional, em que o princípio da legitimidade é o próprio princípio da legalidade. Aliás, “El principio por el cual se considera legítimo, y en cuanto tal es obedecido, sólo aquel poder que se ejerce en conformidad con las leyes”<sup>181</sup>.

Ainda, para que o poder ostente legitimidade, o constitucionalismo exige que os poderes do Estado respeitem os limites materiais impostos pelos direitos fundamentais. Se não há respeito pelos direitos fundamentais, os atos praticados pelo

---

<sup>179</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional**: Una radiografía teórica. p. 72.

<sup>180</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional**: Una radiografía teórica. p. 85.

<sup>181</sup> WEBER, Max. **Economía y sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1988. p. 174.

Estado não gozam de legitimidade e as respectivas imposições não devem ser respeitadas pelos cidadãos. Da mesma maneira, “Los derechos individuales incorporados en la constitución representan una frontera infranqueable para la voluntad del soberano. La garantía de los derechos implica la subordinación del poder al derecho”<sup>182</sup>.

Para além do respeito aos direitos fundamentais, a separação dos poderes também é elemento indispensável ao Estado constitucional. Por esse ângulo, a teoria de Montesquieu refere que, para que haja um governo moderado, é necessário combinar os poderes e regulamentá-los, a fim de que cada um deles possa resistir ao outro, quando qualquer um deles avançarem contra os limites impostos pelos direitos fundamentais dispostos no texto constitucional<sup>183</sup>.

Siguiendo las tesis de Montesquieu, los tres poderes quedarían mecánicamente limitados: el poder legislativo, que será el poder supremo, sería incapaz de emitir leyes tiránicas porque el poder ejecutivo tendría poder de veto sobre la ley. Además, los poderes representarían a los diferentes sectores sociales, por lo que los actos de gobierno serían fruto de negociaciones: el monarca encabezaría al ejecutivo, los nobles y el pueblo integrarían las dos cámaras del parlamento y los jueces serían “la boca que pronuncia la ley: seres inanimados que no pueden regular ni su fuerza ni su severidad”<sup>184</sup>.

Desse modo, Montesquieu, ainda no século XVIII, traçou as coordenadas de uma estratégia para evitar a concentração do poder político e ao mesmo tempo garantir a efetividade dos direitos fundamentais. “La constitución es una máquina institucional que permite limitar el poder. La idea fundamental es la del ‘poder que frena al poder’ y que en el ámbito anglosajón se ha conocido como *checks and balances*”<sup>185</sup>. No caso do Brasil e na tradução literal, tal teoria é chamada de “freios e contrapesos”.

Por conseguinte, a ideia de um constitucionalismo democrático tem relação direta tanto com a implementação de democracias constitucionais, como com a constitucionalização dos sistemas jurídicos que, com algumas peculiaridades, tem avançado na América Latina nas duas últimas décadas. Dentro dos princípios essenciais que sustentam a concepção do constitucionalismo democrático, e em

<sup>182</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional**: Una radiografía teórica. p. 86.

<sup>183</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional**: Una radiografía teórica. p. 87-88.

<sup>184</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional**: Una radiografía teórica. p. 88-89.

<sup>185</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. **La democracia constitucional**: Una radiografía teórica. p. 88-89.

concreto a fórmula política do Estado social e democrático de direito, se destacam principalmente o reconhecimento à máxima validade normativa dos direitos fundamentais e aos princípios morais como a igualdade material, justiça social, pluralismo, e a dignidade da pessoa humana<sup>186</sup>.

Também, acrescenta-se aos fundamentos do constitucionalismo democrático a solidariedade, o respeito pelas regras do jogo eleitoral com a possibilidade real de alternância do poder, o respeito ao pluralismo político, o sistema de freios e contrapesos, o efetivo gozo dos direitos fundamentais, os controles interinstitucionais entre os poderes da república e principalmente, o pressuposto de que entre os poderes do Estado deve haver um equilíbrio e uma colaboração harmônica para a realização dos fins estatais<sup>187</sup>.

Além disso, destaca-se que numa democracia constitucional, mesmo que determinadas decisões sejam tomadas pelas maiorias, se estas decisões extrapolam os limites constitucionais e o respeito aos direitos fundamentais, tais decisões devem ser invalidadas pelo Poder Judiciário. Na mesma ordem, o governo eleito pela vontade majoritária está submetido ao Estado democrático de direito que limita a vontade e a atuação de quem tem o poder naquele momento<sup>188</sup>.

É nessa direção que se tem que compreender as restrições que as constituições contemporâneas impõem à ação do poder público. Ou seja, mesmo que tal ação tomada pelo governo ostente apoio majoritário, se essa medida resulta em violação aos direitos fundamentais de algum grupo, esse ato deve ser invalidado<sup>189</sup>.

Essa barreira foi construída a base de muita luta e sofrimento. Nesse sentido, destaca-se que a partir da experiência dolorosa do povo que viveu sob os regimes fascistas na Europa, antes da Segunda Guerra Mundial, foi que se produziu um segundo momento constituinte da modernidade jurídica e uma mudança de

---

<sup>186</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo. Traduzido por: Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p. 14-15.

<sup>187</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo. p. 15.

<sup>188</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo. p. 15.

<sup>189</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo. p. 15.

paradigma, tanto do Estado de direito como da política. Essas mudanças ocorreram em forma de pactos de convivência pacífica; de cartas de direitos supra ordenadas à função legislativa e ao governo; bem como ocorreram mudanças no que tange aos princípios e aos valores para os quais a política deve sujeitar-se<sup>190</sup>.

Essa mudança de paradigma do direito e da política se deu entre 1945-1959, por meio da fundação de democracias constitucionais em países que haviam sido liderados pelo fascismo e por meio de uma nova ordem internacional. Em ambos os casos, a mudança se produziu mediante o instrumento de direito positivo e com um mesmo tipo de ato constituinte, consistente no firme rechaço dos horrores do passado, por meio: da constitucionalização nos países que foram libertos dos regimes fascistas; do princípio da igualdade; dos direitos fundamentais; dos direitos sociais; da estipulação, por meio das relações internacionais, do princípio da paz e dos direitos humanos; pela Carta da Organização das Nações Unidas de 1945; pela Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948; e das sucessivas cartas supranacionais que versaram sobre direitos fundamentais<sup>191</sup>.

Diante de todas essas forças, o ordenamento jurídico, sob o manto do constitucionalismo, incorreu num aperfeiçoamento do positivismo jurídico. É assim que a relação entre política e direito sofreu uma mudança relevante, graças as constituições rígidas introduzidas nos ordenamentos dentro dos Estados. Se num primeiro momento constituinte o direito estava subordinado à política como fonte primária de sua produção, no segundo momento constituinte é a política que está subordinada ao pacto constitucional<sup>192</sup>.

No entanto, a política segue sendo, obviamente, a fonte e o motor do direito, em razão do positivismo jurídico. Mas, a causa da rigidez do constitucionalismo jurídico e a sua legitimidade dependem do respeito e da forma com que a política atua, ou seja, o poder político deve atuar conforme o disposto na constituição. Aliás, a positivação do direito sob o constitucionalismo ocorre em dois momentos: o primeiro momento é na assembleia constituinte, que é o momento alto, extraordinário e supremo da política, em que há o posicionamento das garantias e dos direitos

---

<sup>190</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. Traducción de: Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta S.A, 2018. p. 66.

<sup>191</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. p. 67.

<sup>192</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. p. 67-68.

fundamentais, estabelecendo-os como limites e vínculos a todos os poderes públicos; e o segundo é o momento legislativo ordinário e atual da política, em outras palavras, é no exercício legislativo, na correta atuação e implementação de direitos pelo pleno respeito das garantias fundamentais. Em síntese, pode-se afirmar que as constituições desenham o projeto jurídico do futuro<sup>193</sup>.

O poder político deve ser exercido dentro dos limites e dos vínculos impostos pelo projeto constitucional. Tais limites constitucionais impedem que o poder político cause lesão ou venha a interferir no exercício dos direitos de liberdade dos cidadãos. Ainda, o poder político está obrigado a assegurar os direitos sociais. Nessa situação, entende-se que todos os direitos constitucionalmente estabelecidos são limites ao exercício do poder político e ao mesmo tempo, o sistema constitucional determina que este mesmo poder incorpore leis ao ordenamento jurídico, a fim de viabilizar a efetivação dos direitos fundamentais<sup>194</sup>.

A efetivação dos direitos fundamentais, e mais especificamente, a efetivação dos direitos sociais dependem da introdução desses direitos pela legislação ordinária. Nesse sentido, dar-se-á alguns exemplos de casos em que o poder político deve atuar a fim de incorporar ao ordenamento jurídico: a) leis que viabilizem o acesso da população a serviços relacionados à saúde pública; b) leis que instituem políticas educacionais em nome do direito fundamental à educação; c) leis sobre previdência social e sobre assistência em garantia dos correspondentes direitos de subsistência; e d) criar normas penais a fim de proteger o direito à vida<sup>195</sup>.

Outrossim, após descrever alguns exemplos da forma que o poder político deve atuar para incorporar leis ao ordenamento jurídico, a fim de viabilizar o pleno gozo de direitos fundamentais a todas as pessoas, cabe retomar a ideia acerca dos limites de atuação institucional, os quais recaem sobre todos os poderes e instituições do Estado constitucional. Esses limites, chamados de “esfera de lo no decidable” por Luigi Ferrajoli, se referem aos direitos que não pode ser decidido pelo poder político

---

<sup>193</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. p. 67-68.

<sup>194</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. p. 68.

<sup>195</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. p. 68.

majoritário. Também, Ferrajoli defende que a política não pode deixar de decidir, nem se omitir sobre matérias relacionadas a satisfação dos direitos sociais<sup>196</sup>.

Cabe destacar que, a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, dispõe acerca das cláusulas pétreas, as quais não podem ser alteradas nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC). As cláusulas pétreas estão dispostas no artigo 60, § 4º do texto constitucional, com a seguinte redação:

Art. 60. [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais<sup>197</sup>.

Ademais, o inciso IV do dispositivo constitucional supra referido, trata explicitamente dos direitos fundamentais como cláusula pétrea. Os direitos fundamentais da Constituição Federal brasileira estão expressos no longo rol de incisos do seu artigo 5º. Por esta razão, todo o ordenamento jurídico brasileiro está vinculado às cláusulas pétreas, aos direitos fundamentais e aos seus respectivos limites. Pois bem, somente adquire existência e legitimidade o direito produzido a partir dos limites constitucionais.

Assim, a luta pela justiça se soma a luta pelo direito constitucionalmente legítimo. Por outro lado, tem-se eventualmente a existência do chamado “direito ilegítimo”, representado pelas antinomias por ação e as lacunas por omissão, os quais são objetos de discussão dos movimentos sociais e da política de oposição lutas sociais<sup>198</sup>.

Dito isso, percebe-se que, na América Latina, as Cortes Constitucionais têm adquirido um crescente protagonismo em temas políticos, já que muitos assuntos que tradicionalmente eram decididos por meios políticos, e que eram considerados próprios da arena política, começaram a ser decididos pelos juízes. Acresce-se ao tema, a omissão dos parlamentos e dos governos no que concerne ao amparo dos direitos fundamentais, sobretudo das minorias sociológicas. Quando se fala em minorias, se está a falar das mulheres, dos homossexuais, dos apenados, dos negros,

---

<sup>196</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. p. 68.

<sup>197</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988.

<sup>198</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. p. 68.

e de outros. A desídia do poder político majoritário com relação às minorias, tem feito com que as Cortes Constitucionais profiram decisões progressistas e emancipatórias<sup>199</sup>.

Em suma, o constitucionalismo democrático estabelece limites ao governo eleito pela vontade majoritária, o que não significa que todas as deliberações e atos de governo devem ser aceitos como legítimos, mesmo que haja apoio das maiorias. Em outras palavras, a legitimidade democrática depende do respeito aos direitos fundamentais, bem como não cabe ao poder político deliberar livremente acerca dos direitos tidos como cláusulas pétreas.

As cláusulas pétreas elencadas na Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, não estão à disposição da vontade majoritária. Pelo contrário, se porventura os poderes políticos eleitos pelas maiorias atentarem contra os direitos fundamentais e contra as demais cláusulas pétreas, tais atos devem ser rechaçados e anulados pelo Poder Judiciário.

Insta retomar a ideia de que uma democracia constitucional, antes de tudo, não é um regime baseado na tirania da validade obtida pelo apoio majoritário. Ao contrário, a tirania majoritária se distingue radicalmente da democracia baseada em uma Constituição<sup>200</sup>. Nesse sentido, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso defende que:

Para arbitrar as tensões que muitas vezes existem entre ambos – entre constitucionalismo e democracia, entre direitos fundamentais e soberania popular –, a maior parte das democracias contemporâneas instituem tribunais constitucionais ou cortes supremas<sup>201</sup>.

Outrossim, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 e com a redemocratização, pouco antes da virada do milênio, o constitucionalismo democrático chegou ao Brasil. O pano de fundo dessa teoria se

---

<sup>199</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo. p. 15.

<sup>200</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo. p. 18.

<sup>201</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo Democrático**: A ideologia vitoriosa do século XX. Ribeirão Preto: Editora Migalhas, 2019. p. 10.



estabelece no fato de existir: a) uma Constituição que garanta direitos fundamentais; b) um regime democrático; e c) a existência de uma jurisdição constitucional<sup>202</sup>.

O Brasil ostenta todos os elementos acima referidos e diante desse fato (somado a outras circunstâncias), nos últimos anos houve uma grande ascensão institucional do Poder Judiciário. A ascensão do Poder Judiciário se deve a três grandes causas, sendo elas: a) “o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é um componente essencial das democracias modernas, para preservar os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático”; b) “um certo desencanto com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral”; e c) “atores políticos, muitas vezes, não são capazes de produzir consensos em relação a questões em que há desacordos morais razoáveis, preferindo transferir o ônus de certas decisões para o Judiciário”<sup>203</sup>.

Por sua vez, os membros do Poder Judiciário não dependem de votos para ocuparem seus postos de trabalho. É justamente por esse fato que alguns assuntos sensíveis e que não integram pautas populistas, são deixados de lado pelo poder político majoritário, fazendo com que o Poder Judiciário delibere acerca desses assuntos diante da desídia do parlamento e do governo.

Em outros termos, os direitos fundamentais das minorias que não são reconhecidos e efetivados pelas vias típicas – Poder Legislativo ou Poder Executivo – , acabam chegando ao Poder Judiciário, como é o caso das uniões homoafetivas<sup>204</sup>, da interrupção voluntária da gestação de feto anencéfalo<sup>205</sup> e tantos outros exemplos.

---

<sup>202</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo Democrático**: A ideologia vitoriosa do século XX. p. 10-11.

<sup>203</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo Democrático**: A ideologia vitoriosa do século XX. p. 41.

<sup>204</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277*. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...] Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência da ação. Relator: Ministro Ayres Britto. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. 05, de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>205</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. **Ementa**: ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de

Insta salientar que grande parte dos postulados oriundos das minorias, acabam sendo “trancados”<sup>206</sup> na Câmara dos Deputados, em razão de que a maioria dos parlamentares possuem uma visão conservadora sobre os valores da vida.

Da mesma forma, os atos praticados pelo parlamento ou pelo governo, quando vão de encontro com os valores estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, podem e devem ser anulados pelo Poder Judiciário. Se há violação de direitos fundamentais, seja por ação ou omissão, a jurisdição constitucional pode ser invocada para reparar a lesão de direitos.

Destarte, de acordo com o entendimento do ministro Barroso, o Supremo Tribunal Federal brasileiro desempenha três grandes papéis: contramajoritário, representativo e iluminista. A iniciar pelo papel contramajoritário, o qual se realiza quando a Suprema Corte invalida atos emanados pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, que sejam contrários aos preceitos constitucionais vigentes<sup>207</sup>. Ademais, “a suprema corte pode intervir, em nome da Constituição e da vontade originária da maioria que a elaborou, para conter as paixões momentâneas das maiorias”<sup>208</sup>.

Essa atuação contramajoritária serve para assegurar a vigência e a eficácia das regras eleitorais, impedindo a perpetuação de um único governo no Poder, bem

---

a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. **Decisão:** O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>206</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.151/1995**. Autor: Marta Suplicy – PT/SP. Ementa: Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>. Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>207</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. p. 153-157.

<sup>208</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo Democrático: A ideologia vitoriosa do século XX**. p. 56.

como serve também para fortalecer e garantir o respeito aos direitos fundamentais dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988<sup>209</sup>.

No que tange ao papel representativo, trata-se “do papel de atender a demandas sociais que não foram atendidas a tempo e a hora pelo processo político majoritário”<sup>210</sup> que, conforme entendimento do ministro Barroso “o Judiciário se torna representativo quando o Legislativo não tenha conseguido sê-lo”<sup>211</sup>. Por último, tem-se o papel iluminista da Suprema Corte brasileira, que:

Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Mas as constituições são produto do Iluminismo e devem ser interpretadas honrando essa tradição. Ao longo da história, alguns avanços imprescindíveis tiveram de ser feitos, em nome da razão humanista, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade. [...] Para além do papel puramente representativo, cortes constitucionais desempenham, por vezes, excepcionalmente, um papel iluminista. Atuam para empurrar a história, para avançar o processo civilizatório<sup>212</sup>.

Conforme já mencionado acima, pode-se dizer que esse papel iluminista da Suprema Corte brasileira, por exemplo, se fez presente quando equiparou o casamento homoafetivo ao casamento heteroafetivo. Também cumpriu seu papel iluminista quando descriminalizou a interrupção voluntária da gestação de feto anencéfalo, por meio da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, em 2012. Ambas as deliberações proferidas pelo Supremo Tribunal Federal foram emancipatórias e suprimam uma lacuna deixada pelo reacionarismo institucionalizado dentro do Congresso Nacional.

Além disso, é importante registrar que os tribunais, de acordo com os preceitos do constitucionalismo democrático, devem ser sensíveis à opinião pública, uma vez que a autoridade do Direito Constitucional depende de sua legitimidade democrática e que, por sua vez, dita legitimidade depende, em boa medida, de sua capacidade para perceber a opinião popular. No entanto, isso não justifica e nem

---

<sup>209</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. p. 156.

<sup>210</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo Democrático: A ideologia vitoriosa do século XX**. p. 58

<sup>211</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo Democrático: A ideologia vitoriosa do século XX**. p. 58.

<sup>212</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo Democrático: A ideologia vitoriosa do século XX**. p. 62-63.

implica que os tribunais simplesmente decidam os casos de forma que reflitam a opinião pública ou o consenso popular<sup>213</sup>.

O sistema jurídico brasileiro conta com regras constitutivas e de disposições abertas, sendo que cada uma delas ostenta grau de contestação diferente. Em outras palavras, “as regras constitutivas devem ser e serão obedecidas sem muita contestação, afinal elas trazem (geralmente) uma solução para um problema de arranjo ou organização do sistema”<sup>214</sup>. No que concerne às disposições abertas, estas consistem em valores e ideais de igualdade, dignidade, liberdade, bem como o próprio conceito de família.

A controvérsia está fortemente ligada às regras abertas, que abrigam as discussões sobre gênero, aborto, direitos da comunidade LGBTQIA+ e racismo. A contestação normativa visa modificar a interpretação judicial da Constituição. A teoria do constitucionalismo democrático de Reva Siegel e Robert Post propõe uma análise sobre o comportamento da Suprema Corte diante do conflito e da contestação de normas<sup>215</sup>.

Ademais, o constitucionalismo democrático é “uma teoria que joga luzes no engajamento público que conduz as instituições na prática da revisão judicial”, bem como examina a comunicação entre o povo e o tribunal. Embora haja um intercâmbio discursivo entre a população e a jurisdição constitucional, se sobrepõe a vontade geral de preservar a integridade do Direito Constitucional<sup>216</sup>. Nesse sentido, o protagonismo da Corte Constitucional “é relevante na medida em que, por designação da própria Constituição, o povo pode nela encontrar a instituição capaz de obrigar o cumprimento dos direitos fundamentais, protegendo assim os valores constitucionalmente

---

<sup>213</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo. p. 23.

<sup>214</sup> DE CARVALHO, Nathalia Brito. **Constitucionalismo democrático no Brasil?** A luta de movimentos sociais LGBT pela efetivação de direitos no Poder Judiciário. Dissertação de Mestrado em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. p. 132. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-ASXG62>. Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>215</sup> DE CARVALHO, Nathalia Brito. **Constitucionalismo democrático no Brasil?** A luta de movimentos sociais LGBT pela efetivação de direitos no Poder Judiciário. p. 132-134.

<sup>216</sup> DE CARVALHO, Nathalia Brito. **Constitucionalismo democrático no Brasil?** A luta de movimentos sociais LGBT pela efetivação de direitos no Poder Judiciário. p. 135.

definidos”, o que acaba funcionando também como mecanismo de reparação contra as violências e omissões praticadas pelos outros poderes<sup>217</sup>.

O constitucionalismo democrático sugere que, diante de divergências de interpretação constitucional entre o povo e o Poder Judiciário, devem existir institutos para que “as razões do povo sejam consideradas e, quando legítimas, atendidas”. No entanto, registra-se que as razões do povo não devem ser meramente políticas, e sim condizentes à própria interpretação constitucional<sup>218</sup>. Porém, quando Post e Siegel elaboraram a referida tese, houve a preocupação de frisar que a jurisdição constitucional não tem poder de retirar “matérias constitucionais da discussão política”, sendo que a judicialização e discussão de temas pelo Poder Judiciário permite preencher omissões legislativas e reparar normas incompatíveis com o espírito da Constituição<sup>219</sup>.

Nesse aspecto é que se desvela a importância dos juizes não adotarem posturas populistas e, quando necessário, devem atuar de modo contramajoritário. O pleno funcionamento do constitucionalismo democrático depende da conservação e da promoção dos direitos fundamentais, mesmo quando vão de encontro com a vontade da maioria<sup>220</sup>.

Sendo assim, considera-se que o Poder Judiciário é um poder socialmente integrado e atento as incidências e implicações de sua atividade, porém não deve atender ao termômetro político cada vez que vai tomar uma decisão, ainda mais quando a questão a ser deliberada é moralmente sensível ou polêmica<sup>221</sup>. Por esta razão, far-se-á uma análise acerca do ativismo judicial em decisões iluministas e emancipatórias.

---

<sup>217</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes Olsen; KOZICKI, Katya. Limites e perspectivas do diálogo entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí. 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13035>. Acesso em: 26 set. 2020. p. 49

<sup>218</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes Olsen; KOZICKI, Katya. Limites e perspectivas do diálogo entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. p. 50.

<sup>219</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes Olsen; KOZICKI, Katya. Limites e perspectivas do diálogo entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. p. 53.

<sup>220</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. n. 4. Brasília: OAB Editora, 2009b. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020. p. 15.

<sup>221</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo. p. 23.

### 2.3 O ATIVISMO JUDICIAL NAS DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS E EMANCIPATÓRIAS

As abordagens realizadas nos subtítulos anteriores desvelaram a importância da limitação do campo de deliberação do poder político majoritário, destacando para o fato de que as maiorias não podem cassar direitos fundamentais das minorias pelo simples fato de integrarem a maioria. Também, dissertou-se brevemente sobre a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias sexuais dentro da teoria do constitucionalismo democrático.

Essas atuações proativas do Poder Judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, podem ser identificadas como situações onde ocorre o ativismo judicial. No entanto, antes de proceder a abordagem teórica do ativismo judicial, importa superar o problema de indefinição conceitual do tema, uma vez que a temática tem sido trabalhada de forma pejorativa dentro da academia<sup>222</sup>.

A opinião acerca da virtude normativa do ativismo judicial não é homogênea. Para além da pluralidade de opiniões, há que se destacar que o tema é mais criticado do que elogiado. E, dentre os que criticam, existe a ideia predominante de que os juízes ativistas são uma ameaça para a democracia e à separação de poderes, sempre atribuindo o termo como sendo sinônimo de excessos judiciais. Por outro lado, existem correntes que entendem que juízes e Cortes Constitucionais, “devem agir de modo mais assertivo em nome dos direitos da liberdade e igualdade e diante da inércia ou do abuso de poder por parte de outros atores políticos e instituições”<sup>223</sup>.

Portanto, há uma variação significativa acerca do que se entende por ativismo judicial, onde não existe um consenso conceitual e por muitas vezes é atribuído ao tema uma conotação muito negativa. Na opinião majoritária, as decisões ativistas são vistas como decisões arbitrárias e antidemocráticas<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 149.

<sup>223</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. p. 149.

<sup>224</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. p. 149.

Frequentemente o termo é utilizado de forma depreciativa como um “código coringa” para fundamentar a mera discordância dos resultados dos julgamentos proferidos pelos magistrados. Essa crítica indefinida e esse tom pejorativo tem feito com que muitos pesquisadores tenham lançado mão de utilizar o termo ativismo judicial. No entanto, se está aqui pretendendo rebater os argumentos dos críticos com base em fundamentos reais, a fim de não se valer de argumentos retóricos para rechaçar a legitimidade das decisões consideradas ativistas<sup>225</sup>.

Essa utilização pejorativa do termo, é exemplificada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, no sentido de que ocorre em “muito dos debates entre conservadores e liberais norte-americanos em torno das decisões da Suprema Corte, em que ambos os lados da disputa se acusam de favorecer o ativismo judicial”. Esse exemplo norte-americano é um caso que demonstra a utilização deficiente do termo, o qual é envolto por discordâncias ideológicas e partidárias. “O ativismo judicial é criticado, mas raramente são fixados critérios adequados para a identificação e avaliação”<sup>226</sup>. A indefinição conceitual e a utilização pejorativa do termo contribuem para que o ativismo judicial seja atribuído ao obscurantismo.

Por conseguinte, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, menciona que “Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969”. Durante esse período em que Warren presidiu a Suprema Corte norte-americana, aconteceu “uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais”<sup>227</sup>.

Salienta-se que, dentre essa revolução promovida pela Suprema Corte norte-americana, utiliza-se como exemplo a decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education*, em 1954, em que foi considerada ilegítima a segregação racial nas

---

<sup>225</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. p. 150.

<sup>226</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. p. 150.

<sup>227</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. p. 138.

escolas<sup>228</sup>. Ainda, é importante registrar que todas essas transformações emancipatórias ocorreram “sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial”<sup>229</sup>. Foi nesse momento que, “por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial”<sup>230</sup>.

No entanto, entende-se que, o ativismo judicial consiste em interpretação proativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, podendo expandir o seu sentido e o seu alcance. No Brasil, experimenta-se a atuação do Supremo Tribunal Federal mais ativamente no que tange a mora do Poder Legislativo e o afastamento deste poder das demandas sociais postuladas pelo povo<sup>231</sup>.

Nesse sentido, o ativismo judicial associa-se a uma participação mais ampla do Judiciário, com maior interferência no campo de atuação típico dos outros poderes, a fim de concretizar valores decorrentes do texto constitucional. A conduta ativista pode ser praticada de várias maneiras, sendo uma delas a aplicação direta da Constituição nas situações em que o próprio texto constitucional é silente, independentemente de manifestação do legislador ordinário, ou ainda, quando legislação infraconstitucional é incompatível com os preceitos expressos na Constituição Federal<sup>232</sup>.

Da mesma forma, pode-se dizer que o ativismo judicial “é a atitude dos membros do Poder Judiciário de, por meio de interpretações estendidas, alargarem os limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes”<sup>233</sup>. Esse fenômeno, entre outros fatores, foi impulsionado pela incapacidade dos Poderes Legislativo e Executivo acompanharem as mudanças da sociedade hipercomplexa. O

---

<sup>228</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, New Haven, 2007. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/169](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169). Acesso em 22 set. 2020. p. 373-374.

<sup>229</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. p. 138.

<sup>230</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. p. 139.

<sup>231</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 06.

<sup>232</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 06.

<sup>233</sup> BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. *A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do Estado*. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí. set./dez. 2016. p. 1341. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9700>. Acesso em: 10 set. 2020. p. 1343.



parlamento perdeu parte de sua função de representatividade popular em decorrência do seu afastamento das demandas reais da população, ou ainda por razões políticas elitistas e conservadoras, que acabaram excluindo a comunidade LGBTQIA+ do processo legislativo, por exemplo.

Foi nesse panorama que o ativismo judicial conquistou grande relevância e atribuiu maior protagonismo às Cortes constitucionais. Consequentemente, as teorias modernas são incapazes “de fazer frente às demandas desse mundo novo”, e o ativismo judicial mostrou que pode adimplir essa lacuna deixada pelos outros poderes<sup>234</sup>.

Além disso, insta mencionar que a teoria sistêmica de Niklas Luhmann parte da ideia de que a sociedade atual ostenta uma complexidade e abundância “de relaciones, de posibilidades, de conexiones, de modo que ya no sea posible plantear una correspondencia biunívoca y lineal de elemento con elemento”. Seguidamente, o filósofo diz que “El problema esencial de nuestra sociedad es, precisamente el aumento de su propia complejidad”<sup>235</sup>.

As teorias modernas que formaram o direito e o Estado não são mais suficientes para enfrentar todos os desafios da atualidade, uma vez que as sociedades se tornaram complexas e hipercomplexas. É nesse ambiente plural e complexo que se percebe a necessidade do ativismo judicial no que tange aos assuntos omitidos e negligenciados pelos outros poderes. Consequentemente, o ativismo judicial “começou a transformar o processo de produção do direito, tradicionalmente realizado a partir dos parlamentos, tendo a lei como fonte primária”<sup>236</sup>.

No que tange a esfera da jurisdição constitucional, têm-se dois institutos muito semelhantes, mas que se diferem em alguns aspectos, que são a judicialização e o ativismo judicial. De acordo com o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso<sup>237</sup>:

---

<sup>234</sup> BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do Estado. p. 1343.

<sup>235</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. 1ª ed. Barcelona: Paidós, 1990. p. 16.

<sup>236</sup> BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do Estado. p. 1342.

<sup>237</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 06.

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva<sup>238</sup>.

Nesse sentido, o ativismo judicial é um comportamento que pode ser ideologicamente informado e avaliado. Ainda, é plenamente legítimo e compatível com o sistema democrático a ocorrência deste fenômeno quando ele atua na proteção de direitos fundamentais da população em geral ou ainda, no reconhecimento de direitos de minorias invisíveis e oprimidas<sup>239</sup>.

Insta salientar que muitas críticas têm sido feitas contra o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal. Os argumentos contra o ativismo judicial brasileiro majoritariamente são: a) que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo e “tomam decisões que constroem maiorias”; b) que o Poder Judiciário deve ser um espaço conservador; c) que o Poder Judiciário não tem capacidade/legitimidade institucional para tomar decisões acerca de temas com repercussão política geral; d) que a judicialização suprime o espaço de deliberação política e social<sup>240</sup>.

Os argumentos explicitados acima são contraditados por Barroso. O primeiro argumento é rebatido pelo ministro que adota “um conceito de democracia que não seria necessariamente majoritário, mas substancial”. No que tange a segunda tese, “responde com afirmações de que o Supremo Tribunal Federal tem adotado posições emancipatórias, e não conservadoras”. Acrescenta ainda que a Corte constitucional brasileira “deve ser deferente às decisões políticas sobre questões de

---

<sup>238</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 06.

<sup>239</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes Olsen; KOZICKI, Katya. Limites e perspectivas do diálogo entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. p. 37.

<sup>240</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil**: Crônica de um sucesso imprevisto. 2013. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-Constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020, p. 16-17.

políticas públicas, bem como não deve se substituir ao processo democrático, mas somente atuar ‘quando a política falha’<sup>241</sup>.

E a política falhou com a comunidade LGBTQIA+. O preconceito dentro das Instituições brasileiras é herança de um país colonizado e explorado, que nega reincidentemente o reconhecimento de direitos civis às minorias. Os homossexuais só conquistaram o *status* jurídico de suas relações afetivas por meio do Poder Judiciário. O direito à adoção também somente foi conquistado e reconhecido pela jurisdição constitucional, uma vez que o movimento LGBTQIA+ milita há anos perante os Poderes Executivo e Legislativo, e tem seus postulados silenciados pelo conservadorismo.

A judicialização de pautas decorrentes de omissões dos Poderes Executivo e Legislativo ocorre por pura emergência da sociedade civil em ter seus direitos reconhecidos. O reconhecimento de direitos e garantias fundamentais via Poder Judiciário serve como um pedido de socorro, felizmente atendido por esta Instituição. A invisibilidade das minorias sexuais no Brasil é sintoma de um sistema político em crise<sup>242</sup>.

O protagonismo mais ativo por parte do Judiciário “não representa risco à secularizada teoria da tripartição, ao contrário, traduz-se na sua plena afirmação. Afinal, esta é uma pré-condição para o exercício de poderes que são exercidos de maneira concorrente”<sup>243</sup>. Nesse sentido, a expansão do sentido da Constituição e a atribuição de interpretação proativa por parte do Poder Judiciário serve para contornar a inércia deixada pelo processo político majoritário<sup>244</sup>.

Se reconhece que todas as pessoas têm direito de participação na deliberação de temas de repercussão geral, bem como se tem ciência de que a população brasileira é majoritariamente conservadora e defensora da “família tradicional”, todavia, “elas não podem simplesmente sufocar direitos de grupos

---

<sup>241</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil**: Crônica de um sucesso imprevisto. p. 16-17.

<sup>242</sup> BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do Estado. p. 1348.

<sup>243</sup> BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do Estado. p. 1349.

<sup>244</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 17.

minoritários e individuais” em nome de suas convicções pessoais<sup>245</sup>. O argumento de que não cabe ao judiciário deliberar sobre as pautas deixadas pelos outros Poderes, “parece ser uma forma de dizer que aquele valor não é tão importante para que possa ser objeto de proteção judicial”<sup>246</sup>. Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento sobre o caso dos transexuais e a utilização dos banheiros arguiu:

É onde existe o preconceito que o STF tem o papel mais importante. O tratamento depreciativo, o deboche, faz parte da rotina da vida dessas pessoas. De que lado nós vamos querer entrar? Do lado que endossa o deboche? Do lado que endossa a depreciação dessas pessoas? Ou nós somos agentes civilizatórios, que queremos melhorar o mundo, e evidentemente proteger essas pessoas? [...] Moral são os valores que eu escolho para minha vida, é o meu ideal de vida boa, o que eu considero virtude e pretendo seguir, e cada pessoa nessa vida tem o direito de escolher a sua moral, a sua própria moralidade, e viver na conformidade dela, [...] mas o moralismo é uma coisa ruim, porque o moralismo é querer impor os próprios valores aos outros de uma maneira intolerante e autoritária, inaceitando quem é diferente de mim. Que vida infeliz assim<sup>247</sup>.

Se o Supremo Tribunal Federal se furtasse a decidir sobre temas polêmicos contrários a opinião majoritária, qual instância reconheceria a necessidade de proteção dos direitos fundamentais básicos das minorias sexuais, senão a Suprema Corte, que também ostenta o título de guardião da Constituição? Há que se entender que a pluralidade de opiniões e a coalisão de ideias fazem parte do sistema democrático e são reconhecidos pelo constitucionalismo democrático. No entanto, quando há cerceamento de direitos de minorias e há negação de tutela dos outros Poderes, o Judiciário deve intervir porque foi essa a vontade do Constituinte.

<sup>245</sup> GARGARELLA, Roberto. **La Justicia Frente Al Gobierno**: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Editorial Ariel AS, 1996, p. 122-123

<sup>246</sup> DE CARVALHO, Nathalia Brito. **Constitucionalismo democrático no Brasil?** A luta de movimentos sociais LGBT pela efetivação de direitos no Poder Judiciário. p. 160-161.

<sup>247</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 845.779*. **Ementa**: TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado. **Andamento**: ao gabinete do Ministro Luiz Fux (pedido de vista). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657292>. Acesso em: 12 set. 2020.

## 2.4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO VIA SUBSIDIÁRIA PARA O RECONHECIMENTO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS OMITIDOS PELOS DEMAIS PODERES

A sociedade brasileira ostenta considerável pluralidade social que demanda uma contínua interpretação constitucional, a fim de garantir a efetividade da Constituição brasileira promulgada em 1988. Desse modo, diante da proposta defendida por Kelsen, verifica-se que a atuação da jurisdição constitucional é fundamental à democracia, uma vez que cabe a Suprema Corte brasileira a defesa e proteção das minorias desassistidas pelos outros Poderes da República, em nome da primazia dos direitos fundamentais<sup>248</sup>.

No que tange ao conteúdo das leis, a jurisdição constitucional serve também como instrumento de proteção das minorias mediante os avanços da maioria, da qual a predominância apenas deve ser aceita e tolerada se compatível com os preceitos constitucionais vigentes. Ainda, considera-se que o espírito democrático “reside não no império absoluto da minoria, mas exatamente no permanente compromisso entre maioria e minoria dos grupos populares”. A existência de mecanismos capazes de impugnar leis perante a Corte constitucional se apresenta como meio adequado para “preservar os interesses da minoria contra lesões, evitando a configuração de uma ditadura da maioria, que, tanto quanto a ditadura da minoria, se revela perigosa para a paz social”<sup>249</sup>.

A Corte constitucional assume um importante papel no centro da vida democrática, funcionando como uma verdadeira ressurreição contemporânea da noção da Constituição, servindo também para assentar a garantia das liberdades e regular a ação das majorias. Nesse sentido, Kelsen considera o controle de constitucionalidade e a jurisdição constitucional como “legislador negativo”, que tem como objetivo organizar a produção normativa<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 466.

<sup>249</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. p. 467.

<sup>250</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: Imparcialidad, reflexividad y proximidad. 1 ed. Tradução de: Heber Cardoso. Madrid: Paidós, 2010, p. 191-192.

Outrossim, a jurisdição constitucional é tratada como “terceiro reflexivo” em razão de sua função de representação social e política, fazendo jus a existência do povo-princípio, reforçando que o soberano não se reduz a expressão eleitoral majoritária. Ademais, as Cortes aplicam os fundamentos constitucionais para ativar a memória coletiva e a sua respectiva vigilância, objetivando manter e dar vida aos valores fundamentais da democracia. A Suprema Corte guarda as promessas de uma coletividade realizadas a si mesma, garantindo a identidade da democracia como algo que se estabelece no tempo. A crescente legitimidade de instituições como as Cortes constitucionais é originada pelo temor da tirania presente nos poderes de governantes diretamente eleitos<sup>251</sup>.

Algumas das questões de ampla repercussão política e social estão sendo judicializadas e decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias tradicionais como o Poder Legislativo e o Poder Executivo. É evidente que esse fenômeno ocorre em razão de que o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é um dos mais abrangentes do mundo. Conseqüentemente, constata-se que foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, somente no ano de 2008, no âmbito de ações diretas – ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – questões como<sup>252</sup>:

a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150); (ii) o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); (iii) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares de outros<sup>253</sup>.

Insta salientar que, de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, “em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados”. Não há outra alternativa à Suprema Corte brasileira, senão o conhecimento ou não das ações, “de se pronunciar

<sup>251</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: Imparcialidad, reflexividad y proximidad. p. 195-196.

<sup>252</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 03-04.

<sup>253</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 05.

ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento”. A judicialização a que se refere o Ministro é de fato existente e, o exercício deliberativo da Corte cumpre estritamente o seu papel constitucional<sup>254</sup>.

Frisa-se que a jurisdição constitucional impõe limites à força da maioria e acaba por disciplinar o exercício da vontade majoritária, em absoluta compatibilidade com o sistema democrático. A função jurisdicional do Supremo Tribunal Federal brasileiro é extremamente importante para reforçar “as condições normativas da democracia e atenuar a possibilidade de conflitos básicos que afetem o próprio sistema”<sup>255</sup>.

Especificamente, no que tange aos direitos das minorias sexuais, tem o Poder Judiciário brasileiro reparado, ainda que lentamente, a mora deixada pelo Poder Legislativo em legislar sobre o tema. O conservadorismo religioso atua como freio das pautas levantadas pelo movimento LGBTQIA+ dentro do Congresso Nacional, o que fomenta a negação de direitos fundamentais a essa comunidade, reforçando o preconceito e violência institucionalizada, contrariando os valores explicitamente declarados na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, destaca-se que os deputados e senadores pró-movimento LGBTQIA+ são minoritários dentro do Congresso Nacional, e acabam tendo os seus projetos travados e/ou silenciados pela maioria conservadora, descumprindo a função típica do Poder Legislativo que é de legislar para todos os cidadãos brasileiros, independentemente da cor, raça, religião, orientação sexual e gênero. Em decorrência do não reconhecimento da cidadania plena da população LGBTQIA+, a sociedade civil organizada, por meio das associações e partidos políticos, utilizando-se dos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, recorrem ao Supremo Tribunal Federal para que tenham seus direitos garantidos e efetivados, de forma harmônica com a Constituição Federal.

Nos últimos anos, pode-se afirmar que a comunidade LGBTQIA+ somente teve os seus direitos reconhecidos e declarados pelo Poder Judiciário. Para ilustrar, utiliza-se como exemplo: a) o Recurso Especial 1.026.981/RJ de 2008 que atribuiu as

---

<sup>254</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 05.

<sup>255</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. p. 468.

uniões homoafetivas o status de instituição familiar, para estender o benefício de previdência privada a um companheiro homoafetivo<sup>256</sup>; b) o Recurso Especial 889.852/RS, em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirmou a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), que decidiu acerca da possibilidade legal de adoção conjunta por um casal homoafetivo<sup>257</sup>; c) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, no Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a união homoafetiva como instituto jurídico, atribuindo tratamento constitucional da instituição da família<sup>258</sup>.

Recentemente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, reconheceu a mora do Poder Legislativo no que tange à criminalização da homofobia e transfobia, e criminalizou condutas discriminatórias e preconceituosas contra a população LGBTQIA+. Ressalta-se que existem projetos de lei que versam acerca do tema, em tramitação no Congresso Nacional há quase 20 anos e ainda não se teve nenhum resultado ou votação em plenário. A omissão legislativa e “a ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia” mantinha o estado de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional<sup>259</sup>.

<sup>256</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.026.981/RJ*. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista\\_eletronica/stj\\_revista\\_eletronica-2010\\_218\\_capTerceiraTurma.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj_revista_eletronica-2010_218_capTerceiraTurma.pdf). Acesso em: 01 set. 2020.

<sup>257</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 889.852/RS*. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/ATC2.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/ATC2.pdf). Acesso em: 01 set. 2020.

<sup>258</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277*. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...] Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência da ação. Relator: Ministro Ayres Britto. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. 05, de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>259</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*. **Ementa:** Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) [...]. **Decisão:** [...] 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)



Explicitadas as situações concretas de conquistas de direitos da comunidade LGBTQIA+ perante o Poder Judiciário brasileiro, questiona-se porque o judiciário resguarda os direitos fundamentais dessas minorias que, de forma típica, deveria ser função do Poder Legislativo? A resposta para essa questão se encontra no fato de que o movimento LGBTQIA+ milita há anos perante o legislativo sem ter alcançado resultados significativos, bem como esse movimento tem encontrado reflexão e decisões favoráveis à causa somente no Poder Judiciário.

Diante disso, verifica-se que “a atuação da jurisdição constitucional pode contribuir para reforçar a legitimidade do sistema”, uma vez que a declaração e proteção de direitos das minorias sexuais reforça o sistema democrático brasileiro<sup>260</sup>, tendo em vista que se está utilizando de mecanismos constitucionais para ampliar direitos, e não para suprimi-los. Igualmente,

Häberle não só defende a existência de instrumentos de defesa da minoria, como também propõe uma abertura hermenêutica que possibilite a essa minoria o oferecimento de “alternativas” para a interpretação constitucional. Häberle esforça-se por demonstrar que a interpretação constitucional não é – nem deve ser – um evento exclusivamente estatal. Tanto o cidadão que interpõe um recurso constitucional quanto o partido político que impugna uma decisão legislativa são intérpretes da Constituição. Por outro lado, é a inserção da Corte no espaço pluralista – ressalta Häberle – que evita distorções que poderiam advir da independência do juiz e de sua estrita vinculação à lei<sup>261</sup>.

Por outro lado, importa destacar a atuação da jurisdição constitucional quando se faz presente a omissão legislativa inconstitucional. A omissão legislativa inconstitucional ocorre quando o legislador se furta do seu papel de legislar sobre o

---

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. [...] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 12 set. 2020.

<sup>260</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. p. 470.

<sup>261</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. p. 471.

que é determinado pela Constituição. Ou seja, quando o legislador se omite em regular disciplina imposta pela Constituição, não há uma proteção eficiente dos direitos fundamentais. A inércia legislativa somada ao fator tempo, configura flagrante desprezo pela Constituição<sup>262</sup>.

É dessa forma que Fernández Rodríguez define a omissão inconstitucional “como a falta de desenvolvimento por parte do Poder Legislativo, durante um tempo excessivamente largo, daquelas normas constitucionais de obrigatório e concreto desenvolvimento, de forma tal que se impede a eficaz aplicação”<sup>263</sup>. O longo “vácuo” legislativo é fator determinante para que a jurisdição constitucional atue de forma mais ativista, visando corrigir a omissão do outro Poder, minimizando “críticas de ilegitimidade da postura de o juiz suprir diretamente a omissão legislativa insistente e duradoura”<sup>264</sup>.

Essa dualidade entre omissão legislativa e atuação jurisdicional pode ser ilustrada pela situação ocorrida na Universidade de Harvard em 2011, envolvendo o professor Mark Tushnet e o ministro Luís Roberto Barroso. Na ocasião, se debatia sobre o papel do Poder Judiciário e das cortes supremas nas democracias. Os dois debatedores se denominavam como progressistas comprometidos com o avanço social. No entanto, Mark achava que somente o Poder Legislativo poderia reconhecer e consagrar direitos. De forma antagônica, Barroso arguia no sentido de que o Poder Legislativo era detentor da preferência de atuação e que, somente quando houvesse omissão em seu dever, a atribuição se transferia para o Poder Judiciário<sup>265</sup>.

Durante o debate, Mark Tushnet disse que:

A longo prazo as pessoas, por meio do Poder Legislativo, farão as escolhas certas, assegurando os direitos fundamentais de todos, aí incluídos o direito de uma mulher interromper a gestação que não deseja ou de casais homossexuais poderem expressar livremente o seu amor. É só uma questão de esperar a hora certa<sup>266</sup>.

<sup>262</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. p. 295-296.

<sup>263</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. **La Justicia Constitucional Europea ante El Siglo XXI**. Madrid: Editora Tecnos, 2007. P. 85.

<sup>264</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. p. 296.

<sup>265</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. p. 87.

<sup>266</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. p. 87.

Em resposta, o ministro Barroso discordou das alegações de Mark, dizendo:

E, até lá, o que se deve dizer a dois parceiros do mesmo sexo que desejam viver o seu afeto e seu projeto de vida em comum agora? Ou à mulher que deseja interromper uma gestação inviável que lhe causa grande sofrimento? Ou a um pai negro que deseja que seu filho tenha acesso a uma educação que ele nunca pôde ter? Desculpe, a história está um pouco atrasada; volte daqui a uma ou duas gerações?<sup>267</sup>.

O diálogo acima apresentado, lida diretamente com essa dualidade de perspectivas, em que é explorado o papel representativo das cortes supremas, sua respectiva função iluminista e as situações em que elas podem, de forma plenamente legítima, dar um “empurrão na história”. No entanto, não dá pra desconsiderar os processos históricos que conduziram à ascensão do Poder Judiciário no Brasil, “o fenômeno da indeterminação do direito e da discricionariedade judicial, bem como a extrapolação da função puramente contramajoritária das cortes constitucionais”<sup>268</sup>.

Em síntese, é bastante simples e facilmente demonstrável, embora contrarie em alguma medida o conhecimento habitual. Ou seja, em determinados cenários, considerando a multiplicidade de circunstâncias que paralisam o processo político majoritário, sejam elas de natureza conservadoras compromissadas com o *status quo*, ou simplesmente protelatórias, cabe ao Supremo Tribunal Federal assegurar o governo da maioria e a dignidade plena de todos os cidadãos.

A premissa envolta dos argumentos supracitados é facilmente enunciável, enquanto que a política majoritária – composta por representantes eleitos – é elemento substancial do regime democrático. Sem embargo, entende-se que “democracia” significa muito mais do que a mera expressão da quantidade de votos que um representante necessita para ser eleito. Perpassando esse aspecto puramente formal, o regime democrático ostenta um préstimo substantivo, que labora pela preservação de valores constitucionais e direitos fundamentais.

Dessa forma, a jurisdição constitucional tem cumprido o seu papel de proteger as minorias e declarar direitos ignorados pelos outros Poderes. Ainda, a

---

<sup>267</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. p. 87-88.

<sup>268</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. p. 88.

Constituição Federal e o Código de Processo Civil garantem a participação da sociedade civil nessas discussões perante o Supremo Tribunal Federal, por meio do instituto do *amicus curiae*, que, em outras palavras, diz respeito a uma pessoa, entidade ou órgão com profundo e verdadeiro interesse na questão jurídica em discussão, evidenciando o pleno caráter democrático do instrumento.

## CAPÍTULO 3

### **A JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS DA POPULAÇÃO LGBTQIA+ EM RAZÃO DA MORA DO PODER LEGISLATIVO E DA INCONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS DO PODER EXECUTIVO**

#### **3.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DAS MINORIAS SEXUAIS**

Nos últimos dez anos a comunidade LGBTQIA+ só conseguiu ver seus postulados atendidos por meio de ações interpostas perante o Supremo Tribunal Federal. As pautas importantes para as minorias sexuais são, via de regra, invisíveis dentro do parlamento brasileiro, e, quando frentes progressistas se manifestam favoráveis à temática, há rechaço e desprezo da maioria dos parlamentares que, por vezes, se soma ao ódio que ressoa dentro do palácio do planalto, que atualmente é ocupado por Jair Messias Bolsonaro, sujeito que possui declarada ojeriza aos LGBTQIA+ e a tudo que se relaciona à questão.

A discriminação e o preconceito contra as minorias sexuais são algo que subsistem há muitos séculos. No entanto, a ascensão do discurso odioso contra os LGBTQIA+ teve um de seus maiores desdobramentos após o golpe de 2016, que levou a Presidenta Dilma Rousseff ao *impeachment*.

Foi posterior a mais esse triste ataque contra as instituições democráticas que ascenderam ao poder lideranças autoritárias e antirrepublicanas. Aliás, grande parte dos candidatos eleitos em 2018 inflaram suas bases eleitorais com discursos totalitários e contrários aos direitos fundamentais (que foram conquistados às custas de muita luta e resistência ao longo de toda a história da humanidade).

Entretanto, acredita-se que, embora tenha havido uma escalada autoritária no Brasil posterior aos acontecimentos supranarrados, ainda está em forte vigência a

Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988. Portanto, partindo desse pressuposto, são esperadas muitas coisas de um Estado constitucional que funciona sob o manto do regime democrático de direito, principalmente: a) que haja respeito aos direitos fundamentais estabelecidos pelo texto constitucional, pelas convenções e pelos tratados internacionais aos quais o Brasil é signatário; b) que ocorra a realização de eleições livres e periódicas, com direito ao voto secreto e universal; c) que exista o reconhecimento e a manutenção das “regras do jogo” por parte dos representantes eleitos; d) que seja preponderante e uníssona a ideia de que os candidatos eleitos, embora tenham chegado ao poder devido ao voto da parcela majoritária da população, estes também devem respeitar e governar com diligência para com as minorias, bem como reconhecer e conviver pacificamente com o contraditório legítimo promovido pela oposição.

Dito isso, tem-se que, em momentos históricos amistosos e pacíficos, a dignidade da pessoa humana serve para que subsista o respeito e o progresso social. Enquanto que, em períodos trevosos e pouco iluministas, a dignidade da pessoa humana persista como valor inalienável, irrenunciável e que vigore como força de resistência contra atentados aos direitos e às liberdades fundamentais promovidas por sujeitos reacionários. Ainda, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é freio contra as paixões passageiras das majorias que atentam contra os direitos das minorias.

Por certo, a dignidade da pessoa humana alicerça o Estado democrático de direito, bem como funciona como núcleo ético-legítimo que sustenta todo o sistema constitucional. De acordo com Peces-Barba, a ideia de dignidade da pessoa humana passou por vários momentos históricos e incontáveis confrontos intelectuais, tendo atravessado a modernidade e chegado até o século XXI sob um processo de humanização e racionalização<sup>269</sup>.

La dignidad de la persona y la dignidad de la humanidad son dos aspectos de una misma mentalidad, la del antropocentrismo y la laicidad, dos coordenadas que encuadran todo el proceso. Cuando reflexionamos sobre la dignidad humana, referencia ética radical, y sobre el compromiso justo que corresponden a las sociedades ben ordenadas, nos estamos describiendo una realidad sino un deber ser, en cuyo edificio la dignidad humana es un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto

---

<sup>269</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. 2º ed. Madrid: Dykingson, 2003. p. 66-67.

final de llegada. Se puede hablar de un itinerario de la dignidad, de un dinamismo desde el deber ser hasta la realización a través de los valores, de los principios y de los derechos, materia de la ética pública<sup>270</sup>.

Não é desconhecido o fato de que desde a Grécia Antiga havia uma ideia de “dignidade do homem”, que se estendia a seletos grupos, o que se contrapõem diretamente ao que se tem hoje por dignidade, esta que se estende a todo ser humano. Naquela realidade, o papel desempenhado pelo sujeito na sociedade ou a sua posição social eram fatores *sine qua non* para determinar se o indivíduo gozava de dignidade<sup>271</sup>.

Posteriormente, sobreveio a filosofia de Santo Agostinho, o qual procedeu a afirmação de que o homem era detentor do livre arbítrio e dispôs que a dúvida era uma necessidade para que se alcançasse a salvação humana. É desse entendimento de Santo Agostinho que se extrai também a tese de que o homem é criação de Deus e foi feito por Ele para transcender<sup>272</sup>. Logo, o homem é digno por ser cria de Deus.

Por conseguinte, o ideal de Santo Agostinho se estendeu até os séculos XIII e XIV, em que a dignidade existente se pautava por fatores externos, que, em outras palavras, podia ser aquela que sobrevinha da imagem de Deus, ou em razão da dignidade pela honra, cargo ou título, bem como pela imagem que cada sujeito representava e era reconhecido na sociedade. Esses elementos externos que entendiam alguns sujeitos como investidos de dignidade, acabavam rompendo a sociedade entre os sujeitos dignos e, por outro lado, as classes tidas à margem dos privilegiados, os quais não eram considerados entes providos de dignidade<sup>273</sup>.

Foi no iluminismo, período conhecido também como o século das luzes, ocorrido entre o final do século XVII até o século XVIII, que aconteceu a grande virada da modernidade<sup>274</sup>.

A Ilustração foi, apesar de tudo, a proposta mais generosa de emancipação jamais oferecida ao gênero humano. Ela acenou ao homem com a possibilidade de construir racionalmente o seu destino, livre da tirania e da superstição. Propôs ideais de paz e tolerância, que até hoje não se realizaram. Mostrou o caminho para que nos libertássemos do reino da

<sup>270</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. p. 66-67.

<sup>271</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. p. 21.

<sup>272</sup> MARTINS BERTASO, João; HAMEL, Marcio Renan. **Ensaio sobre reconhecimento e tolerância**. FuRI: Santo Ângelo, 2016. p. 24-25.

<sup>273</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. p. 27.

<sup>274</sup> MARTINS BERTASO, João; HAMEL, Marcio Renan. **Ensaio sobre reconhecimento e tolerância**. p. 28-29.

necessidade, através do desenvolvimento das forças produtivas. Seu ideal de ciência era o de um saber posto a serviço do homem, e não o de um saber cego, seguindo uma lógica desvinculada de fins humanos. Sua moral era livre e visava uma liberdade concreta, valorizando como nenhum outro período a vida das paixões e pregando uma ordem em que o cidadão não fosse oprimido pelo Estado, o fiel não fosse oprimido pela religião, e a mulher não fosse oprimida pelo homem. Sua doutrina de direitos humanos era abstrata, mas por isso mesmo universal, transcendendo os limites do tempo e do espaço, suscetível de apropriações sempre novas, e gerando continuamente novos objetivos políticos<sup>275</sup>.

Acrescenta-se que, foi em razão dos valores supracitados que o período entre os séculos XVII e XVIII foi denominado como século das luzes. “Por eso el concepto de dignidad humana es un concepto del mundo moderno, con unos antecedentes en otras culturas como la china, o la clásica Greco-Romana.”<sup>276</sup>. Igualmente, “um dos principais expoentes iluministas, Immanuel Kant, definiu o iluminismo (*Aufklärung*) como sendo a saída do homem da menoridade, da qual ele próprio é culpado”<sup>277</sup>.

Immanuel Kant explica sobre a particularidade e o valor insubstituível do homem ao dispor que “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, [...] então tem ela dignidade”<sup>278</sup>.

É no pensamento de Immanuel Kant que está a dignidade humana como algo intrínseco ao homem. Ainda, Kant frisa que a “Autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza e de toda a natureza racional”<sup>279</sup>. Da mesma forma, na obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Kant descreve como mandamento:

Age segundo máximas de um membro universalmente legislador em ordem a um reino dos fins somente possível, conserva a sua força plena porque ordena categoricamente. E é nisto exactamente que reside o paradoxo: que a simples dignidade do homem considerado como natureza // racional, sem qualquer outro fim ou vantagem, a atingir por meio dela, portanto o respeito por uma mera ideia, deva servir no entanto de regra imprescindível da vontade, e que precisamente nesta independência da máxima em face de

<sup>275</sup> ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 27.

<sup>276</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. p. 28.

<sup>277</sup> MARTINS BERTASO, João; HAMEL, Marcio Renan. **Ensaio sobre reconhecimento e tolerância**. p. 32.

<sup>278</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Edições 70: Lisboa. p. 77.

<sup>279</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 79.



todos os motivos desta ordem consista a sua sublimidade e torne todo o sujeito racional digno de ser um membro legislador no reino dos fins<sup>280</sup>.

Dessa forma, destaca-se a importância do pensamento kantiano no que tange ao tratamento do ser humano como um ser investido de razão e detentor de dignidade. Além da razão, o homem é apto para agir segundo a moral, uma vez que não pode ser precificado, mas sim deve ser visto e considerado como ser dotado de dignidade. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet,

Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana<sup>281</sup>.

No entanto, em razão da complexidade e da considerável dimensão do pensamento kantiano, se faz necessário realizar um recorte metodológico para que haja prosseguimento no desenvolvimento da presente pesquisa, tendo em vista que não se busca esgotar os estudos acerca da dignidade da pessoa humana a partir de Kant, mas sim destacar a sua contribuição para o que se entende por dignidade da pessoa humana na contemporaneidade.

Destarte, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet,

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano é o que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida<sup>282</sup>.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana no Brasil, “está consagrada com destaque na Constituição de 1988, no art. 1º, inciso III, que a invoca como “fundamento da República”, sendo também citada em outros preceitos mais específicos (arts. 170; 226, §6º; 227; 230)”<sup>283</sup>. Salienta-se que o Brasil ratificou e

<sup>280</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 83.

<sup>281</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012. p. 42.

<sup>282</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 73.

<sup>283</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Fórum: Belo Horizonte, 2016. p. 58.

incorporou ao seu ordenamento jurídico muitos tratados internacionais que fazem alusão à dignidade humana<sup>284</sup>.

Essa compreensão e tamanha força da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, provoca efeitos na linha de argumentação utilizada na fundamentação de decisões da Suprema Corte brasileira. Por exemplo, “no que toca à dignidade humana, decisões maximalistas podem eventualmente se justificar pelo fortalecimento da sua dimensão simbólica, quando seja especialmente relevante o seu papel pedagógico na sociedade”<sup>285</sup>.

Segundo Daniel Sarmento, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso das uniões homoafetivas, teve natureza maximalista, em razão da dignidade da pessoa humana<sup>286</sup>. Sendo que,

A Corte poderia, na ocasião, ter proferido uma decisão minimalista, afirmando o direito postulado, mas abstendo de se pronunciar sobre a existência de estrita igualdade entre aquele tipo de relação familiar e a união estável tradicional. Foi essa a linha adotada nos votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Já a maioria do Tribunal, seguindo o voto condutor do Ministro Ayres Britto, optou pelo maximalismo, ao assentar a plena igualdade entre os dois tipos de família. Naquele caso, era tão importante transmitir para a sociedade brasileira, pela voz autorizada do STF, a clara mensagem da igual dignidade na seara da orientação sexual, que o maximalismo decisório certamente se legitimava<sup>287</sup>.

A dignidade da pessoa humana é um pilar central da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988. Contudo, a fim de não se tornar uma fórmula retórica “oca, ou pior, disfarce para a imposição das preferências nem sempre tão nobres do intérprete, é necessário não apenas precisar o seu conteúdo, como também definir a forma adequada para o seu emprego”<sup>288</sup>. Nessa perspectiva, Daniel Sarmento alerta para o fato de que, por vezes, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser interpretado de forma vaga e plástica. Tanto é que tal

---

<sup>284</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. p. 58.

<sup>285</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. p. 319.

<sup>286</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. p. 319.

<sup>287</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. p. 319.

<sup>288</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. p. 320.

princípio já foi usado como fundamentação até do Ato Institucional nº 5<sup>289</sup> – que consistiu no instrumento jurídico mais autoritário da ditadura militar brasileira<sup>290</sup>.

Por essa razão, se faz necessário tomar devida cautela para que não ocorra uma banalização do princípio da dignidade da pessoa humana, “o que poderia ocorrer ao tentar colocá-lo como fundamento de todo e qualquer dispositivo de nossa Carta Magna, sob pena de esvaziar o seu conteúdo fundamental”<sup>291</sup>, conforme o exposto acima.

Entretanto, insta salientar que a existência da dignidade da pessoa humana está para além da positivação na Constituição Federal. A dignidade humana independe de qualquer positivação, vez que é valor intrínseco ao ser humano, embora se reconheça que sua efetivação depende, em parte, da positivação. Do mesmo modo,

a dignidade da pessoa humana é tanto um limite para a atuação estatal, que não pode invadi-la, quanto um dever prestacional do Estado, que deve tomar todas as medidas necessárias para garantir que todas as pessoas humanas tenham a sua dignidade respeitada por toda a coletividade<sup>292</sup>.

Indubitavelmente, não se deve deixar esquecer que os campos de concentração nazistas foram cenários de extermínio de pessoas humanas pelo fato de serem judeus, e/ou serem homossexuais ou bissexuais, entre outras características ou formas de ser/viver que eram condenadas pelo nazismo. No contexto nazista, as arbitrariedades e o preconceito foram utilizados para decretar

---

<sup>289</sup> Na parte inicial do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, consta o seguinte trecho: “CONSIDERANDO que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, “os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria” (Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964)”.

<sup>290</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. p. 320.

<sup>291</sup> OTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p. 245.

<sup>292</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p. 242.

quem deveria viver e quem deveria morrer, enquanto a dignidade da pessoa humana era valor indisponível no topo hierárquico do Direito<sup>293</sup>.

Assim, a proteção e a valorização da dignidade da pessoa humana serve justamente para proteger o ser humano do próprio ser humano, no sentido de que, aqueles que se encontram no topo de seus privilégios – brancos, heterossexuais, sujeitos em boas condições socioeconômicas, entre outros – “não possam se aproveitar disso para subjugar outros, em pior situação fática”<sup>294</sup>.

No que concerne à comunidade LGBTQIA+, existem reiteradas formas de violências contra esse grupo, em clara violação aos ditames da dignidade da pessoa humana. As minorias sexuais já vivenciaram e continuam sofrendo praticamente todos os tipos de agressões em razão da orientação sexual, e/ou também por conta da identidade de gênero de cada sujeito.

As maldades praticadas por humanos – que se entendem por superiores em razão da sua sexualidade ortodoxa ou por conta da encubação/negação da própria homoafetividade – contra outros humanos (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, queers, interssexos, assexuais e +<sup>295</sup>) são um afronte à dignidade humana. O desprezo heteronormativo nega o respeito e a dignidade ao “semelhante diverso”.

No entanto, a dignidade da pessoa humana é escudo protetor das minorias sexuais, inclusive por sua natureza constitucional e pelo princípio da igualdade já tratado em tópicos anteriores. Porém, a negação de direitos por parte do próprio Estado brasileiro e o vazio legislativo se integram ao rol das maiores violações aos direitos fundamentais dessa comunidade.

Isto é, “ao não se admitir a realização do casamento civil e ao não se reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo gênero, está quem o faz a afirmar que a união homoafetiva não possuiria o mesmo valor de dignidade que a

---

<sup>293</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p. 239.

<sup>294</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p. 239.

<sup>295</sup> O “+” é utilizado para incluir outros grupos e variações de sexualidade e gênero. Aqui são incluídos os pansexuais, por exemplo, que sentem atração por outras pessoas, independente do gênero.

união heteroafetiva”<sup>296</sup>. Também, a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homotransfobia consiste em violação da dignidade da pessoa humana dos LGBTQIA+, no que tange à vedação constitucional de proibição de proteção insuficiente<sup>297</sup>.

E, de forma semelhante ocorre com a proibição de doação de sangue por homens que mantiveram relação sexual com outros homens e/ou seus companheiros/companheiras nos últimos 12 meses, por conta de atos normativos do Ministério da Saúde e da Anvisa, que ofendem a dignidade da pessoa humana (autonomia e reconhecimento) e impedem as pessoas por ela abrangidas de serem como são. A vedação de doação de sangue por homens homoafetivos, além de inconstitucional, é forma de segregar e retirar fração da humanidade pertencente ao indivíduo.

Entretanto, entende-se que há um vácuo legislativo no que tange aos postulados da comunidade LGBTQIA+, considerando que o movimento LGBTQIA+ milita há anos no Congresso Nacional pelo reconhecimento de seus direitos, e nunca se obteve nenhum êxito ou reconhecimento de direito pela via legislativa. Por outro lado, no que concerne às negações a direitos fundamentais aos LGBTQIA+ mencionadas nos parágrafos anteriores, considerando que as minorias sexuais também são protegidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, nos próximos subtítulos dissertar-se-á especificamente sobre o reconhecimento de direitos da comunidade LGBTQIA+ por via da jurisdição constitucional.

---

<sup>296</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p. 521.

<sup>297</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **O STF, a Homotransfobia e o seu Reconhecimento como Crime de Racismo**. p. 17.

### 3.2 O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO INSTITUTO JURÍDICO PELA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 132 E PELA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.277

Nascido em Bolonha, no ano de 1922, Pier Paolo Pasolini fazia parte de uma pequena burguesia guardiã de valores morais e também era pertencente à geração crescida sob o fascismo, “que passou dos ideais patrióticos à consciência política no decorrer da guerra de 1940-45”. Pasolini foi um grande intelectual, poeta e cineasta, que mantinha como pressuposto primário e incancelável a resistência ao nazifascismo<sup>298</sup>.

Além disso, Pasolini era homossexual, marxista, crítico do capitalismo, do colonialismo, da heteronormatividade e da mídia de massa. Foi também um dos exemplos mais importantes da subjetividade radical entre os artistas do pós-guerra<sup>299</sup>. Anteviu a história da Itália e previu o florescimento do consumismo no mundo antes de sua morte.

Ademais, verifica-se que no final dos anos 1950 e início dos anos 1960, Pasolini começou a escrever para grandes periódicos, como o *Vie Nuove* e em jornais de grande circulação na Itália, como o *Il Mondo*. Em suas colunas na Revista *Vie Nuove*<sup>300</sup>, Pasolini escrevia sobre sua “luta contínua, cotidiana, contra a ofensiva de fascistas e de clérigos”<sup>301</sup>. Após ter trabalhado por anos na Revista *Vie Nuove*, Pasolini passou a escrever crônicas políticas no periódico *Tempo*, entre os anos de 1968 a 1970.

---

<sup>298</sup> PAOLO PASOLINI, Pier. **Poemas**. Tradução de Maurício Santana Dias. BERARDINELLI, Alfonso; DIAS, Maurício Santana (Org.). São Paulo: Cosac Naify, 2015. Posição 121-125 de 5777. *E-book Kindle* (não paginado).

<sup>299</sup> ANNOVI, Gian Maria. **Pier Paolo Pasolini: performing authorship**. New York: Columbia University Press, 2017. p. 13. *Apple Book*.

<sup>300</sup> Revista ligada ao Partido Comunista Italiano (PCI), fundada em 1946.

<sup>301</sup> ALVES, Cláudia Tavares. Diálogos com o caos: a produção jornalística de Pasolini nos anos 1960. **Darandina Revista Eletrônica**, Juiz de Fora/MG, v. 9, n. 1, p. 01-02. Disponível em: <https://www.ufjf.br/darandina/files/2016/09/Artigo-CI%C3%A1udia-Tavares-Alves.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2021.

Nesse novo espaço, Pasolini escrevia de forma mais agressiva contra a burguesia, a qual era definida pelo autor como uma verdadeira doença. Além disso, classificava o “burguês” como um vampiro<sup>302</sup>,

Que não fica em paz enquanto não morde sua vítima no pescoço, pelo puro, simples e natural prazer de vê-la se tornar pálida, triste, feia, desvitalizada, disforme, corrompida, inquieta, cheia de sentimentos de culpa, calculista, agressiva, terrorista, tal como ele mesmo<sup>303</sup>.

Nesse sentido, constata-se a forte oposição de Pasolini ao sistema capitalista e à burguesia. Outrossim, destaca-se que, além de escritor, Pasolini foi um grande cineasta e diretor de muitas obras que tratavam de temas sensíveis como política e religião. O filme “Saló”, foi o último filme dirigido pelo italiano, o qual contém imagens que à época escandalizaram as pessoas devido a nudez, violência sexual e escatologia explicitadas na obra<sup>304</sup>.

A identidade artística de Pasolini chocava a sociedade. O diretor italiano utilizava de corpos sem roupas, abusos físicos, psicológicos e radicalismos contra a igreja para expressar sua mensagem. A tela do cinema era tida pelo cineasta como meio de comunicação para escancarar as mazelas do proletariado e o regime de exploração no qual viviam os italianos no pós-guerra<sup>305</sup>.

Entre as controvérsias existentes em torno das motivações da morte de Pier Paolo Pasolini, há quem diga que o italiano foi morto por motivações políticas, tendo em vista o seu estilo provocador, radical e favorável à liberdade sexual em um tempo em que a vida pública era regida por convicções religiosas bastante rígidas. Embora a morte de Pasolini permaneça em circunstâncias mal esclarecidas, em sua biografia há o registro de que o diretor foi morto de forma brutal por um suposto amante<sup>306</sup>.

O cineasta foi assassinado por Giuseppe Pelosi, em 1975, em Óstia, localizada a cerca de 25 km de Roma, após terem saído jantar no restaurante Biondo

<sup>302</sup> ALVES, Cláudia Tavares. Diálogos com o caos: a produção jornalística de Pasolini nos anos 1960. p. 08.

<sup>303</sup> ALVES, Cláudia Tavares. Diálogos com o caos: a produção jornalística de Pasolini nos anos 1960. p. 08.

<sup>304</sup> DA ROCHA, Cristal. Morte de Pasolini foi tão chocante quanto sua obra. **Estadão: Acervo**, 02 de nov. de 2015. Disponível em: <https://acervo.estadao.com.br/noticias/acervo,morte-de-pasolini-foi-tao-chocante-quanto-sua-obra,11664,0.htm>. Acesso em: 01 mai. 2021.

<sup>305</sup> DA ROCHA, Cristal. Morte de Pasolini foi tão chocante quanto sua obra.

<sup>306</sup> DA ROCHA, Cristal. Morte de Pasolini foi tão chocante quanto sua obra.

Tevere, próximo da Basílica de São Paulo. O assassino Pelosi foi condenado pela morte de Pasolini no ano de 1976<sup>307</sup>. Em 2014, o jornal do Vaticano “*L’Osservatore Romano*”, reabilitou o filme “O Evangelho segundo São Mateus”, bem como o jornal publicou uma análise escrita pelo editor Giovanni Maria Vian, classificando o filme como “uma das maiores obras-primas do cinema mundial” e “o melhor filme já feito sobre a vida de Jesus”<sup>308</sup>. Há que se fazer menção de que o Vaticano perseguiu Pasolini no passado, tendo contribuído para que o cineasta obtivesse uma condenação por blasfêmia<sup>309</sup>.

Procedido um breve resumo da vida de Pier Paolo Pasolini – reconhece-se que essa personalidade histórica merecia bem mais do que alguns parágrafos para tratar sobre sua vida e suas obras, mas, considerando que não é esse o objeto da problemática aqui proposta, resta prejudicada, por ora, uma abordagem aprofundada sobre sua biografia –, insta fazer menção a algumas das ideias de Pasolini antes de dissertar sobre a homoafetividade e o seu reconhecimento. Dizia Pasolini que “o tabu da homossexualidade é um dos mais sólidos ferrolhos morais das sociedades pós-industriais, com base em novos e velhos argumentos”<sup>310</sup>.

De acordo com Pasolini, o tabu se consolidou e se manteve em razão da homossexualidade ser considerada inútil para a reprodução da espécie humana, acrescentando que a prática homossexual destruiria a família (da qual são gerados novos consumidores) e arruinaria seus padrões ideológicos (cujo princípio é consumir). Acrescenta que “se talvez pareça impensável o extermínio maciço de homossexuais, como ocorreu no passado em nome de certa pureza de costumes, o que teríamos em lugar do triângulo rosa nazista seria uma generalizada desqualificação moral”, de forma que o homossexual permaneça vivendo “num universo concentracionário, sob o rígido controle da moral dominante”<sup>311</sup>.

<sup>307</sup> VULLIAMY, Ed. Quem realmente matou Pier Paolo Pasolini. Tradução de Paulo Migliacci. **Folha de São Paulo**, 29 Ago. 2014. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2014/08/1507499-quem-realmente-matou-pier-paolo-pasolini.shtml>. Acesso em: 22 mar. 2021.

<sup>308</sup> Vaticano digitaliza filme de Pasolini sobre a vida de Jesus. **Folha de São Paulo**, 23 de jul. de 2014. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2014/07/1490042-vaticano-digitaliza-filme-de-pasolini-sobre-a-vida-de-jesus.shtml>. Acesso em: 01 mai. 2021.

<sup>309</sup> VULLIAMY, Ed. Quem realmente matou Pier Paolo Pasolini.

<sup>310</sup> TREVISAN, João Silvério. **A resistência dos vagalumes**: mobilização da comunidade LGBT no Brasil. p. 17.

<sup>311</sup> TREVISAN, João Silvério. **A resistência dos vagalumes**: mobilização da comunidade LGBT no Brasil. p. 17.



Impossível deixar de mencionar o outro gênero de controle, o qual é operado pelo mercado e pela sociedade de consumo. Aliás, com o início do vácuo político-ideológico no final do século XX, “a crise do capitalismo e a recrudescência dos credos religiosos institucionalizados criaram terreno fértil para as execrações morais, insufladas por um milenarismo de olho no capital”. E a perseguição a homossexuais se constituiu como a *new face* do fundamentalismo político-empresarial, que fez com que a homossexualidade se tornasse em bode expiatório da crise moral do final do último século, que acabou se unindo com bancadas políticas evangélicas, ruralistas e de católicos contra a “decadência moral”<sup>312</sup>.

Passados alguns anos, a bancada evangélica se tornou uma das mais ricas e poderosas dentro do Congresso Nacional, submetendo a sociedade brasileira a uma agenda reacionária e retrógrada, com ideias e valores que já deveriam ter sido superados no tempo da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, justamente pelo caráter sectarista e antidemocrático. Dito isso, torna-se mais palpável a resistência contra o reconhecimento da união estável e do casamento homoafetivo dentro do parlamento brasileiro.

Por exemplo, o Projeto de Lei nº 1.151/1995, proposto pela então deputada federal Marta Suplicy (PT), visava regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo, que, devido a pressão exercida pelas bancadas reacionárias, acabou por ser arquivado. O arquivamento desse Projeto de Lei provocou um vácuo legislativo por anos, deixando as uniões homoafetivas à margem da legalidade<sup>313</sup>.

O reacionarismo presente no Congresso Nacional impediu que houvesse uma lei que resguardasse os direitos dos casais homoafetivos, tendo tratado o assunto com desdém, sem observar os preceitos constitucionais vigentes e, sobretudo, ignorando a dignidade da pessoa humana a esses pares. Ao mesmo tempo em que houve a negação legislativa, milhares de pessoas ao redor do globo estavam

---

<sup>312</sup> TREVISAN, João Silvério. **A resistência dos vagalumes**: mobilização da comunidade LGBT no Brasil. p. 17.

<sup>313</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.151/1995**. Autora: Marta Suplicy – PT/SP. Ementa: Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>. Acesso em: 23 mar. 2021.

deixando de ocultar sua sexualidade de forma corajosa, em claro desafio aos valores ortodoxos e as tradições heteronormativas.

É sabido que não há elo mais forte numa relação conjugal do que o afeto. Quando falta amor, nem mesmo o patrimônio é capaz de manter um casal de forma harmônica. É tão somente o amor que dá vida a qualquer relação. Ora, se é o amor o âmago de qualquer união, como ousam negar o reconhecimento e proteção do Estado aos casais homoafetivos? Além disso, como é possível a maioria dos parlamentares brasileiros se desonerarem de suas atribuições e de seus compromissos constitucionais ao se recusarem a equiparar as uniões homoafetivas e garantir os mesmos direitos gozados pelos casais heterossexuais aos homossexuais?

Questionamentos que, na vigência da Constituição Federal de 1988 sequer precisariam ser feitos. Por conseguinte, o “termo *homoafetivo* foi um achado, por ser bastante mais expressivo do que homossexual, na medida em que uma parceria afetiva é feita de muito mais do que sexo”<sup>314</sup>.

A progressiva aceitação social dessa nova realidade passou a exigir respostas da legislação. Mas simplesmente não havia regras jurídicas contemplando as uniões de pessoas do mesmo sexo. Tal lacuna dava lugar a muitas incertezas para os parceiros de tais relações, que não tinham clareza quanto aos seus direitos e obrigações. Algumas dúvidas que surgiam: os parceiros homoafetivos tinham direito de herdar um do outro ou, por ocasião da morte, os seus bens revertiam integralmente para a família do falecido? Em caso de separação, como deveria ser partilhado o patrimônio adquirido durante a convivência comum? No caso de um casal gay, era possível incluir o parceiro como dependente no plano de saúde e na aposentadoria complementar da empresa?<sup>315</sup>.

A negação do reconhecimento do casamento entre indivíduos do mesmo sexo por parte do Estado, fornecia elementos que alimentavam o discurso de ódio e legitimavam ainda mais as agressões físicas e verbais sofridas pelos casais homoafetivos. O preconceito e o desprezo aos homossexuais provêm do histórico heteronormativo que posiciona a masculinidade e a heterossexualidade em posição superior, capaz de tratar a atração sexual por sujeito do mesmo sexo como algo distante da moralidade<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênica**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 168-169.

<sup>315</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênica**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. p. 169.

<sup>316</sup> SOARES, Bruno Martins. **Sujeitos de reconhecimento**: uma análise dos limites do reconhecimento a partir do julgamento sobre a "união homoafetiva" no Brasil. 2014. Dissertação (Mestrado em Diretos

Por oportuno, destaca-se que a própria Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 estabelece em seu artigo 226, §3º, que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”<sup>317</sup>. De forma semelhante, o texto do artigo 1.723 do Código Civil dispõe que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”<sup>318</sup>.

Era de extrema necessidade que fosse aprovada uma legislação que regulamentasse a união estável e o casamento homoafetivo. Entretanto, não foi aprovada lei alguma. Conseqüentemente, houve um contramovimento por parte da comunidade LGBTQIA+ que, assim como o movimento feminista, começou a se mobilizar e a se organizar num movimento social de luta por reconhecimento, também perante o Supremo Tribunal Federal<sup>319</sup>.

Destarte, nas palavras de Barroso “foi nesse contexto que, em fevereiro de 2008, militantes da causa, simpatizantes e procuradores da República articularam uma ação a ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e me procuraram para ser o advogado”<sup>320</sup>. Na época Luís Roberto Barroso aceitou o encargo de formular o pedido a fim de que as uniões homoafetivas recebessem o mesmo tratamento jurídico das uniões estáveis heterossexuais.

Outrossim, antes de adentrar ao mérito da temática proposta neste tópico, cabe frisar que foram propostas duas ações para tratar do mesmo tema perante o Supremo Tribunal Federal. Deste modo, por uma questão de ordem metodológica, é importante ressaltar que, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, foi proposta por Sérgio Cabral, governador do Estado do Rio de Janeiro, e pela procuradora-geral do Estado, Lúcia Léa Guimarães Tavares, em que o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegava que o não reconhecimento da união

---

Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Acesso em: 23 fev. 2021. p. 151.

<sup>317</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988.

<sup>318</sup> BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.404 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 24 mar. 2021.

<sup>319</sup> SOARES, Bruno Martins. **Sujeitos de reconhecimento**: uma análise dos limites do reconhecimento a partir do julgamento sobre a "união homoafetiva" no Brasil. p. 153.

<sup>320</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênica**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. p. 169.

homoafetiva contrariava preceitos fundamentais como a igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição da República Federativa do Brasil. A partir desse argumento, realizou-se o pedido para que a Suprema Corte brasileira aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro<sup>321</sup>.

Por outro lado, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 se buscava a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, bem como foi realizado pedido para que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo<sup>322</sup>. O julgamento de ambas ações foi realizado em conjunto, por ter a Suprema Corte entendido que se tratava de convergência de objetos entre ações de natureza abstrata.

Apesar de propostas as ações perante o Supremo Tribunal Federal, considerando a desídia histórica do Poder Legislativo, “cabe registrar que o preconceito, tanto o ostensivo quanto o dissimulado, se ocultava por trás do argumento formal de que somente o Poder Legislativo poderia ter tal iniciativa”<sup>323</sup>. Como se sabia na época,

havia certeza de que o Congresso não aprovaria a união de pessoas do mesmo sexo, essa posição aparentemente neutra significava, na verdade, adesão à impossibilidade de legitimação jurídica das uniões homoafetivas.

<sup>321</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277*. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...] Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência da ação. Relator: Ministro Ayres Britto. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. 05, de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 24 mar. 2021.

<sup>322</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277*. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...] Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência da ação. Relator: Ministro Ayres Britto. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. 05, de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 24 mar. 2021.

<sup>323</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênica**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. p. 170.

Muita gente que posava de progressista disfarçou o preconceito por trás desse biombo<sup>324</sup>.

Era bastante forte a corrente que resistia até mesmo a “conceder a nomenclatura ‘casamento’ aos casais homoafetivos, por considerarem-na ‘exclusiva’ das uniões heteroafetivas” sob alegações de que, historicamente, somente haviam ocorrido casamentos heterossexuais, até mesmo os civis<sup>325</sup>. Assim,

cabe aqui fazer um esclarecimento fundamental: no que tange à isonomia, o que se pleiteia por meio deste trabalho é a igualdade de direitos entre as uniões homoafetivas e as heteroafetivas, e não uma simples atribuição de nomenclatura àquelas, embora a nomenclatura seja importantíssima para efeito do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>326</sup>.

Todavia, não está aqui a tratar apenas de preciosismo terminológico, considerando que as uniões amorosas são protegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro como “casamento civil” e “união estável”, razão pela qual se torna imperiosa a extensão destas “figuras jurídicas” aos casais homoafetivos. Em outras palavras, “trata-se da única forma de conseguirem os casais homoafetivos obter os mesmos direitos concedidos aos casais heteroafetivos”<sup>327</sup>.

Finalmente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2011. E, felizmente, a Suprema Corte brasileira não faltou ao seu encontro com a história e equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis tidas como tradicionais. A importância dessa decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foi reconhecida como patrimônio documental da humanidade pelo Comitê Nacional do Brasil do Programa Memória do Mundo da Unesco, no ano de 2018<sup>328</sup>.

<sup>324</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênica**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. p. 170.

<sup>325</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p.367.

<sup>326</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. p.367.

<sup>327</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**. p.367.

<sup>328</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Processos de reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal e a garantia dos direitos fundamentais aos homossexuais, apresentados pelo Supremo Tribunal Federal**. Comitê Nacional do Brasil do Programa Memória do Mundo da Unesco. Acervos brasileiros. Disponível em: <http://mow.arquivonacional.gov.br/index.php/acervos-brasileiros/registro-nacional.html>. Acesso em: 24 mar. 2021.

Ao dispor sobre o poder material e simbólico da decisão proferida em conjunto na ADPF nº 132 e na ADI nº 4.277, não se pode deixar de mencionar alguns trechos do voto de Cármen Lúcia, que fez questão de afirmar que “contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o Direito Constitucional. E este é um Tribunal que tem a função precípua de defender e garantir os direitos constitucionais”<sup>329</sup>. A ministra também suscitou que:

É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito<sup>330</sup>.

Não obstante, no que tange à interpretação do artigo 226, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil, “considerando o quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas, a par do que se põe, no Brasil, reações graves de intolerância” no que concerne aos sujeitos que, no exercício do seu direito fundamental de liberdade sexual, optam por viver uma relação homoafetiva, é plenamente razoável que se interprete o respectivo dispositivo conforme o que a própria Constituição Federal brasileira dispõe nos seus princípios magnos<sup>331</sup>. A “homossexualidade é um fato da vida, a existência de relações homoafetivas é uma decorrência natural desse fato, e não há como o ordenamento jurídico ignorar essa realidade e deixar de disciplinar suas consequências”<sup>332</sup>.

Embora o dispositivo constitucional supramencionado considere a união entre homem e mulher como entidade familiar, tal descrição não deve ser entendida e nem deve ser utilizada como motivo para alegar ou supor que a união homoafetiva

<sup>329</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277*. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. p. 88-89. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1538698#114%20-%20AC%D3RD%C3O>. Acesso em: 24 mar. 2021.

<sup>330</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277*. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. p. 88-89. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1538698#114%20-%20AC%D3RD%C3O>. Acesso em: 24 mar. 2021.

<sup>331</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277*. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. p. 91. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1538698#114%20-%20AC%D3RD%C3O>. Acesso em: 24 mar. 2021.

<sup>332</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênia**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. p. 171.

seja inconstitucional. Pois, se assim fosse, o Estado Democrático de Direito estaria dando guarida a intolerância. Nesse sentido, destaca-se trecho obra de José Afonso da Silva que dispõe o seguinte:

A tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação de suas partes entre si e, mais latamente, de sua relação com o espírito da época – ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua compreensão espiritual na sua relação com a visão total da época. Em outras palavras, o sentido da Constituição se alcançará pela aplicação de três formas de hermenêutica: a) a hermenêutica das palavras; b) a hermenêutica do espírito; c) a hermenêutica do sentido<sup>333</sup>.

O exercício da hermenêutica constitucional deve ocorrer também sob o manto do espírito existente dentro do próprio sistema constitucional. Há que se ter liberdade para que a dignidade da pessoa humana se faça efetiva.

Nesse sentido, percebe-se que se está também diante de um caso de mutação constitucional, ora tida como legítima, considerando que há pleno equilíbrio entre a rigidez constitucional – que procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica –, “e a plasticidade das normas constitucionais, necessária para a adequação destas às mudanças da realidade social sem exigir o recurso, a todo momento, aos meios formais de reforma da Constituição”<sup>334</sup>.

Portanto, a Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo, razão pela qual o texto do artigo 1.723 do Código Civil também deve ser interpretado conforme a Constituição, a fim de equiparar e reconhecer o mesmo direito gozado pelos casais heteroafetivos, também aos casais homoafetivos.

Ademais, o reconhecimento das uniões homoafetivas e a sua equiparação às uniões heterossexuais está em plena harmonia com os preceitos basilares do Estado Democrático de Direito. A decisão histórica proferida pelo Supremo Tribunal Federal é resultado de uma luta histórica por reconhecimento e respeito. A busca pela equiparação de direitos civis a todos os cidadãos é tão antiga quanto a afirmação cristã de igualdade.

---

<sup>333</sup> SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 15.

<sup>334</sup> PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares. **Mutação Constitucional: à luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 69-69.

No entanto, embora se comemore o avanço conquistado por meio da decisão da Suprema Corte brasileira, em que pese se vivencie um avanço dos direitos LGBTQIA+ no Brasil, muitas pessoas pertencentes a essa comunidade ainda mantêm sua orientação sexual em segredo, a fim de diminuir riscos e consequências em decorrência de que, quanto mais visível é a orientação homossexual, maiores são as probabilidades de desrespeito aos direitos humanos<sup>335</sup>.

O exercício pleno aos direitos de liberdade e a não discriminação ainda são objetivos a ser alcançados e conquistados. A comunidade LGBTQIA+ luta por respeito e reconhecimento em todo o globo terrestre, uma vez que a exclusão por homofobia e a transfobia são realidades presentes e se reproduzem tanto na sociedade, quanto no interior das instituições. A reprodução do preconceito e do não reconhecimento dos LGBTQIA+ como sujeitos de direitos se amparam em concepções religiosas, morais e culturais equivocadas, que se contrapõem ao livre exercício dos direitos dos grupos de diversidade sexual, evidenciando uma homofobia multidimensional que ainda não está erradicada<sup>336</sup>.

Por fim, destaca-se que a intolerância, em suas diversas facetas, é o principal elemento de vulnerabilidade dessa comunidade. As pessoas que assumem a sua diversidade sexual perante a sociedade, costumam sofrer uma ruptura na plenitude de sua cidadania, uma vez que são submetidas as mais variadas práticas discriminatórias e vexatórias. Sendo assim, como recorte metodológico, será dissertado no próximo tópico a respeito da criminalização da homotransfobia como mais um instrumento de proteção das minorias sexuais.

---

<sup>335</sup> HUERTAS, Mayra Solanye Galindo; GOMEZ, Paula Andrea; MANOSALVA, Mayra Alejandra. Momentos de reconocimiento como sujetos de derecho de un grupo de personas jóvenes universitarias LGBT en Tunja, Boyacá. **Sex., Salud Soc.** (Rio J.), Rio de Janeiro, n. 29, p. 172-194, ago. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S198464872018000200172&Ing=en&nrm=isso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198464872018000200172&Ing=en&nrm=isso). Acesso em: 18 fev. 2021. p. 188.

<sup>336</sup> HUERTAS, Mayra Solanye Galindo; GOMEZ, Paula Andrea; MANOSALVA, Mayra Alejandra. Momentos de reconocimiento como sujetos de derecho de un grupo de personas jóvenes universitarias LGBT en Tunja, Boyacá. p. 188.



### 3.3 O MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO EXERCÍCIO HERMENÊUTICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A atuação do Poder Judiciário na reparação de lacuna legal deixada pelo Poder Legislativo é legítima quando a jurisdição constitucional é exercida nos moldes da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, como é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, propostos no Supremo Tribunal Federal, em que se postulava a criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia, nos termos do artigo 5º, inciso XLII, e pelo princípio da vedação da proteção deficiente, decorrente do artigo 5º, inciso LIV, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>337</sup>.

Insta salientar que tanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, quanto o Mandado de Injunção nº 4733 tinham por objetivo alcançar o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia, com base<sup>338</sup>:

(i) no princípio da proporcionalidade, na sua acepção de proibição de proteção insuficiente, notória hipótese caracterizadora da inconstitucionalidade por omissão; (ii) no disposto no art. 5º, XLII, na compreensão da homofobia e da transfobia como espécies do gênero racismo, pela compreensão político-social de *racismo* afirmada pelo STF no HC n.º 82.424/RS (“caso Ellwanger”), por interpretação literal/declarativa, embora evolutiva, mas respeitosa do limite do teor literal do tipo penal em questão, relativamente ao conceito constitucional e legal de *raça*; (iii) subsidiariamente, no disposto no art. 5º, XLI, da CF/88, enquanto discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais (relativamente à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero), no que incontestavelmente a homofobia e a transfobia se enquadram<sup>339</sup>.

Os requerimentos de criminalização da homofobia e transfobia foram postulados no sentido de que o crime de racismo também abrangeria condutas preconceituosas praticadas contra a comunidade LGBTQIA+, uma vez que constituem espécies do gênero racismo. A própria Suprema Corte brasileira, no acórdão do

<sup>337</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição da Procuradoria-Geral da República juntada aos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. p. 02. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgri/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

<sup>338</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **O STF, a Homotransfobia e o seu Reconhecimento como Crime de Racismo**. Bauru, SP: Editora Spessoto, 2020. p. 17.

<sup>339</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **O STF, a Homotransfobia e o seu Reconhecimento como Crime de Racismo**. p. 17.

Habeas Corpus 82.424/RS<sup>340</sup>, referiu que o conceito de racismo “não estaria adstrito à discriminação por cor da pele, mas abrangeria discriminação por etnia, procedência nacional, religião etc.”<sup>341</sup>. Além disso, o julgamento do referido *Habeas Corpus* nº

<sup>340</sup> O *Habeas Corpus* nº 82.424/RS “impetrado perante o Supremo Tribunal Federal em favor de Siegfried Ellwanger, escritor e editor que fora condenado em instância recursal pelo crime de anti-semitismo e por publicar, vender e distribuir material anti-semita. O art. 5º, inciso XLII, da Constituição brasileira, estabelece que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível”. Os impetrantes, baseados na premissa de que os judeus não são uma raça, alegaram que o delito de discriminação anti-semita pelo qual o paciente fora condenado não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo art. 5º, XLII, da Constituição Federal, teria ficado restrita ao crime de racismo. O Plenário do Tribunal, partindo da premissa de que não há subdivisões biológicas na espécie humana, entendeu que a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse processo, origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. Para a construção da definição jurídico-constitucional do termo “racismo”, o Tribunal concluiu que é necessário, por meio da interpretação teleológica e sistêmica da Constituição, conjugar fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação. Apenas desta maneira é possível obter o real sentido e alcance da norma, que deve compatibilizar os conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos e biológicos. Asseverou-se que a discriminação contra os judeus, que resulta do fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas, é inconciliável com os padrões éticos e morais definidos na Constituição do Brasil e no mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado Democrático de Direito. Assim, consignou-se que o crime de racismo é evidenciado pela simples utilização desses estigmas, o que atenta contra os princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Reconheceu-se, portanto, que a edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. Os Ministros entenderam que, no caso, a conduta do paciente, consistente em publicação de livros de conteúdo anti-semita, foi explícita, revelando manifesto dolo, vez que baseou-se na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. Dessa forma, a discriminação cometida, que seria deliberada e dirigida especificamente contra os judeus, configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. O Plenário consignou que a Constituição Federal impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a restauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Assentou-se, por fim, que, como qualquer direito individual, a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, podendo ser afastada quando ultrapassar seus limites morais e jurídicos, como no caso de manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. Por isso, no caso concreto, a garantia da liberdade de expressão foi afastada em nome dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. Vencidas a tese que deferia a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva e a tese que deferia habeas corpus de ofício para absolver o paciente por atipicidade da conduta. Conseqüentemente, o Plenário do Tribunal, por maioria de votos, denegou a ordem”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus* nº 82.424/RS. Publicação de livros: antisemitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves, 12 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 15 fev. 2021.

<sup>341</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição da Procuradoria-Geral da República juntada aos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. p. 03. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

82.424/RS firmou entendimento na Suprema Corte brasileira no sentido de que a “construção da definição jurídico-constitucional do termo “racismo” requer a conjugação de fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação”<sup>342</sup>. Também, o delito de racismo “constitui um atentado contra os princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência”.

Igualmente, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLI, dispõe que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e fornece o sustento para a criminalização da homofobia e transfobia. E, a violência sofrida pela comunidade LGBTQIA+, como homicídios, ofensas (individuais e coletivas), agressões, ameaças, “e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima constitui discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais”<sup>343</sup>.

Dessa forma, as várias espécies de violências experimentadas pelas minorias sexuais no Brasil, acabam por submetê-las a restrições e cerceamento de suas liberdades, diante da intolerância e ignorância dos agressores. Por essa razão, o Partido Popular Socialista arguiu que essas discriminações aos LGBTQIA+ atentam gravemente aos direitos e liberdades fundamentais, uma vez que:

(i) viola o direito fundamental à liberdade, pois implica negação à população LGBT de realizar atos que não prejudicam terceiros e que não são proibidos pela lei; (ii) viola o direito fundamental à igualdade, pois não há fundamento lógico-racional que justifique a discriminação [negativa] da população LGBT relativamente a heterossexuais não-transgêneros<sup>344</sup>.

Assim sendo, a ausência de legislação que criminalize tais condutas, se deve ao fato de que o Poder Legislativo é majoritariamente composto por

---

<sup>342</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus nº 82.424/RS*. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves, 12 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 15 fev. 2021.

<sup>343</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição da Procuradoria-Geral da República juntada aos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. p. 03. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgri/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

<sup>344</sup> BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição da Procuradoria-Geral da República juntada aos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. p. 03. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgri/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

conservadores que se apresentam contrários as pautas levantadas pela comunidade LGBTQIA+. O conservadorismo patriota, heteronormativo e religioso atua como freio poderoso contra os postulados das minorias sexuais dentro do Congresso Nacional. É evidente o descumprimento da função típica do Poder Legislativo, que é de legislar para todos os cidadãos brasileiros, independentemente da cor, raça, religião, orientação sexual e gênero. Essa negação de proteção aos direitos fundamentais dos LGBTQIA+, por parte do legislativo, incorre no reforço do preconceito institucionalizado. A ausência de leis que versem sobre os direitos civis dessa comunidade resulta em uma das violências mais graves contra a pessoa humana, uma vez que o Estado – que primariamente deveria atuar na proteção dessas pessoas – é quem está legitimando e perpetuando essa violação<sup>345</sup>.

Ademais, por meio das ações supramencionadas, dentre os pedidos, constava o pleito de atribuição de interpretação conforme à Constituição Federal brasileira ao artigo 20 da Lei Antirracismo (Lei nº 7.716/89), a fim de que o crime de discriminação por raça fosse interpretado de acordo com a ideia político-social de racismo. Melhor dizendo, a fim de que a palavra racismo fosse interpretada no sentido de “racismo como inferiorização discriminatória de um grupo social relativamente a outro, tendo-se sugerido que se limite o conceito somente a opressões estruturais, sistemáticas, institucionais e históricas” que se perpetuam nas relações de poder estabelecidas entre grupo dominante e grupo dominado<sup>346</sup>.

Esse exercício hermenêutico em torno do crime de racismo serviu para compreender a homofobia e a transfobia como espécies do gênero *racismo*, considerando que, tanto o artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal, quanto o artigo 20 da Lei Antirracismo, utilizam-se das palavras *raça* e *cor* em palavras diferentes, “incidindo aqui a máxima hermenêutica de que a lei não possui palavras inúteis, para afastar a compreensão unicamente fenotípica (“cor”) na definição de discriminações racistas (fundamento determinante do HC n.º 82.424/RS)”<sup>347</sup>.

---

<sup>345</sup> POLEZZE, Rogério Volpatti. **Políticas públicas para minorias sexuais**: Características e perspectivas no direito brasileiro. 2015. 147 p. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6807>. p. 73. Acesso em: 20 jan. 2021.

<sup>346</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **O STF, a Homotransfobia e o seu Reconhecimento como Crime de Racismo**. p. 18.

<sup>347</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **O STF, a Homotransfobia e o seu Reconhecimento como Crime de Racismo**. p. 18.

Frisa-se que a hermenêutica constitucional sobre o gênero *racismo*, embora consista numa interpretação puramente literal/declarativa e, inequivocamente evolutiva, do crime de discriminação por raça, está plenamente de acordo com o princípio da legalidade estrita, uma vez que absolutamente ajustada com o limite do teor literal defendido por Claus Roxin como limite da hermenêutica penal criminalizadora<sup>348</sup>.

O exercício hermenêutico em torno do gênero *racismo*, se deu por meio de mandado de injunção. Nesse sentido, o próprio dispositivo constitucional dispõe que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”<sup>349</sup>.

Outrossim, é na segunda parte do dispositivo constitucional que encontra amparo a evolução da interpretação feita pela Suprema Corte brasileira, em que é plenamente cabível o mandado de injunção quando ausente norma regulamentadora que viabilize prerrogativas próprias da cidadania das pessoas. Igualmente, a fim de alcançar a proteção dos direitos fundamentais dos grupos oprimidos, está o mandado de criminalização da homotransfobia. Também, a criminalização da homotransfobia não pode ser vista como restrição de qualquer direito fundamental, uma vez que condutas ofensivas à comunidade LGBTQIA+ violam a própria compreensão liberal do direito fundamental à liberdade.

Nas lições deixadas por Hannah Arendt, o que se está defendendo é o próprio direito a ter direitos. É necessário que a cidadania esteja protegida pela Constituição, que, de acordo com Arendt, Constituição é um documento estável, objetivo e duradouro, que emerge da fundação do corpo político, e que não é suscetível alterações ou emenda de acordo com as circunstâncias<sup>350</sup>. Nas palavras do constitucionalista e militante dos direitos da comunidade LGBTQIA+ no Supremo Tribunal Federal, o professor Dr. Paulo Iotti disserta que:

Embora obviamente não seja necessária uma lei que crie, constitutivamente, o direito à livre orientação sexual e à livre liberdade de gênero, a verdadeira

<sup>348</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **O STF, a Homotransfobia e o seu Reconhecimento como Crime de Racismo**. p. 18.

<sup>349</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

<sup>350</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo: Anti-Semitismo, Imperialismo e Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 207.

banalidade do mal homofóbico e transfóbico que nos assola torna a ausência de uma lei regulamentadora da criminalização específica da homofobia e da transfobia algo que efetivamente inviabiliza materialmente o gozo dos referidos direitos, tidos como absolutamente inerentes à cidadania sexual e de gênero da população LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos). Obviamente tais direitos não dependem de regulamentação para poderem ser exercidos, mas estão materialmente inviabilizados por referida banalidade do mal homotransfóbico<sup>351</sup>.

No entanto, enquanto o Poder Judiciário brasileiro tem sido o único Poder a olhar sobre as minorias sexuais, o Poder Legislativo que possui a função típica de legislar, não tem tutelado os direitos da comunidade LGBTQIA+. O Congresso Nacional incorre em grave omissão e cerceamento das liberdades fundamentais dos LGBTQIA+ devido a forte representatividade conservadora no parlamento. Nesse sentido, a invisibilidade das pautas LGBTQIA+ por parte do Poder Legislativo acabou fazendo com que essa comunidade recorresse ao Poder Judiciário objetivando a conquista do seu direito de viver e de se expressar da maneira que quiser, sem temer sofrer qualquer tipo de violência pelo simples fato de assumir a sua sexualidade e personalidade.

A criminalização da homotransfobia também encontra amparo no texto constitucional quando se está a falar de proibição de proteção insuficiente. As agressões e assassinatos contra LGBTQIA+ cometidos por pessoas autodenominadas “de bem”, “que por algum motivo, se sentem detentores do pseudo “direito” de ofender, discriminar, agredir e/ou até mesmo matar” pessoas LGBTQIA+ “por sua mera orientação sexual não-heteroafetiva ou identidade de gênero transgênera”<sup>352</sup> são elementos que satisfazem todos os pressupostos da doutrina do Direito Penal Mínimo.

Por conseguinte, plenamente cabível o mandado de injunção e da mesma forma, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que se trata de uma inconstitucionalidade decorrente de proteção insuficiente. Além disso, em síntese, a omissão inconstitucional, no caso em tela, é caracterizada pelo fundamento que segue. Um mandado de criminalização amparado no artigo 5º, inciso XLI da

---

<sup>351</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **O STF, a Homotransfobia e o seu Reconhecimento como Crime de Racismo**. p. 21.

<sup>352</sup> IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. **O STF, a Homotransfobia e o seu Reconhecimento como Crime de Racismo**. p. 22-23.

Constituição da República Federativa do Brasil, que dispõe que a lei punirá toda discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais. É nesse espaço que a homotransfobia se enquadra, bem como a discriminação que atenta contra a liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero.

Em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, o decano do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello julgou procedente a ação e atribuiu eficácia geral e efeito vinculante a sua decisão. O decano reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional no que tange à proteção penal da comunidade LGBTQIA+. Definiu também 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”<sup>353</sup>.

Ademais, o preconceito e a discriminação vivenciados no dia a dia da comunidade LGBTQIA+, nas palavras de Celso de Mello:

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-

---

<sup>353</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*. **Ementa:** Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) [...]. **Decisão:** [...] 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. [...]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021. p. 06.

se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão<sup>354</sup>.

A limitação do conceito de racismo apenas como discriminação de raças, e que leva em consideração apenas o sentido léxico da palavra, incorre na própria negação do princípio da igualdade. Não se pode condicionar a discriminação como crime apenas quando praticada contra negros. A palavra “raça” é ambígua, uma vez que significa tanto um “conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos como também a um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou social”<sup>355</sup>.

Para o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, o conceito de raça significa:

um grupo de pessoas que comunga de ideais ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defende-los, sem que, necessariamente, constituam um grupo homogêneo ou um conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, homossexuais discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta Lei, considerados um grupo racial. [...] qualquer forma de fobia dirigida ao ser humano, pode ser manifestação racista<sup>356</sup>.

Outrossim, a criminalização da homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal não se trata de analogia *in malam partem*, uma vez que o conceito da palavra raça é bem mais amplo e ultrapassa o seu valor léxico, bem como a discriminação contra a comunidade LGBTQIA+ inclui-se perfeitamente na Lei 7.716/89.

A homofobia é uma espécie de racismo, o que se comprova pelo seu significado. A homofobia consiste no “temor, rejeição, medo dos homossexuais”. Essa aversão aos homossexuais se expressa de diversas formas e níveis na sociedade, “desde a mera insegurança ou confiança até o ódio, que pode levar a ações violentas”. Em algumas pessoas é tão forte, que pode chegar a insultos, agressões e até assassinato<sup>357</sup>.

Nesse sentido, a postura emancipatória do Supremo Tribunal Federal é plenamente cabível quando se está diante de uma inefetividade institucional. A

<sup>354</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão 26*, Brasília, Distrito Federal, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021. p. 06.

<sup>355</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 5ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 301-308.

<sup>356</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. p. 303.

<sup>357</sup> SÁNCHEZ, Félix López. **Homossexualidade e família**: Novas estruturas. Tradução de Carlos Henrique Lucas Lima. Porto Alegre: Editora Artmed, 2009. p. 43-44.



Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, objetivando a proteção dos direitos fundamentais diante de uma ausência legal.

O Estado brasileiro não pode deixar de adotar “medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis”, caso o Estado se abstenha dessa obrigação constitucional, “incidirá em violação negativa do texto Constitucional”<sup>358</sup>. No caso em tela, vislumbra-se que há inequívoca omissão do Poder Legislativo em legislar acerca do tema, o que acaba por cercear a liberdade dessas minorias pelo temor.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental<sup>359</sup>.

A omissão dos parlamentares além de violar os direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBTQIA+, acaba violando o mandamento constitucional que exige que os integrantes do Poder Legislativo adotem uma conduta positiva, a fim de cumprir o disposto no artigo 5º, inciso XLI da Constituição da República Federativa do Brasil, que dita: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

A ausência de emissão de um comando normativo incriminador por parte do Poder Legislativo, fez com que a sociedade civil recorresse ao Poder Judiciário, por meio das ações de controle de constitucionalidade, a fim de suprir uma lacuna legal que ataca diretamente os direitos fundamentais dessas minorias. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADO nº 26 é lastreada no texto Constitucional e não exorbita a atribuição do Poder Judiciário.

---

<sup>358</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão 26*, Brasília, Distrito Federal, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. p. 06. Acesso em: 12 jan. 2021. p. 10.

<sup>359</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão 26*, Brasília, Distrito Federal, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. p. 06. Acesso em: 12 jan. 2021. p. 10.

A proteção ineficiente dos LGBTQIA+ pelo descaso do Poder Legislativo, só poderia ser reparada pelo Poder Judiciário, uma vez que há anos se discute a matéria no Congresso Nacional e não há nenhuma pauta conquistada pelas minorias sexuais dentro do parlamento. O processo constitucional serve também para reparar lesão de direitos causados pelo próprio Poder Público. Ora, o Estado brasileiro já praticou inúmeras violações de direitos humanos, de forma direta e indireta, a exemplo do período da ditadura militar, que foi assinado pelo Governo Federal. A fim de evitar a ocorrência de mais danos aos direitos humanos dentro do Brasil, é que a Constituição Federal estabeleceu dispositivos de controle do Estado, para controlar o próprio Estado.

A teoria de tripartição de poderes de Montesquieu visa exatamente isso. A divisão de atribuições entre os três poderes do Estado serve para que, quando um Poder comete abusos ou descumpre os mandamentos Constitucionais, os outros poderes têm a obrigação de utilizar mecanismos de “freios e contrapesos” para reparar as lesões que violam direitos fundamentais. O reconhecimento de crimes homotransfóbicos como crimes de racismo pelo Supremo Tribunal Federal na ADO nº 26 é decisão plenamente legítima e harmônica com a Constituição Federal e não viola os princípios do Direito Penal de nenhuma forma.

### **3.4 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS QUE VEDAVAM A DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DILIGENTE EM NOME DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A síndrome da imunodeficiência adquirida, mais conhecida como AIDS, surgiu em 1980, em meio a confusão e incertezas que levou a um crescente número de internações de homens, até então saudáveis, em hospitais de Nova Iorque, São Francisco e outros centros urbanos norte-americanos. Os pacientes internados vinham a óbito antes mesmo que os médicos pudessem entender o que estava acontecendo<sup>360</sup>.

---

<sup>360</sup> CARDINALI, Daniel Carvalho. A proibição de doação de sangue por homens homossexuais: uma análise sob as teorias do reconhecimento de Fraser e Honneth. **Revista Constituição e Garantia de**

A nova doença que até então vitimava majoritariamente homens homossexuais, recebeu o nome de GRID – *Gay-Related Imunne Deficiency* (imunodeficiência relacionada à homossexualidade), “vindo a receber o nome AIDS (síndrome da imunodeficiência adquirida, na sigla em inglês) somente em 1982”. Posteriormente, com a ocorrência da primeira contaminação do vírus HIV por meio de transfusão de sangue infectado, os Estados Unidos sinalizaram pânico por medo de que os bancos nacionais de sangue estivessem infectados pelo novo vírus<sup>361</sup>.

Naquele tempo não se sabia a origem e os meios de transmissão da doença, somada a impossibilidade de testagem do sangue doado para verificação da presença do vírus. Pelos motivos expostos, a entidade governamental responsável por normas de saúde pública – *Food and Drug Administration – FDA*, proibiram a doação de sangue por homens que houvessem tido relações sexuais com outros homens. Dessa forma, a partir do ano de 1983, todos os homens que houvessem tido qualquer contato sexual com outro homem desde 1977, ficariam vedados de doar sangue por tempo indeterminado. Essa proibição ficou conhecida como o “*gay blood ban*”, que na tradução literal significa “proibição do sangue gay”<sup>362</sup>.

Em junho de 1983, com 31 anos de idade, Markito, um dos principais nomes da alta-costura brasileira morreu em decorrência da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS). A sua morte foi noticiada pelos jornais brasileiros de uma forma bastante espalhafatosa, considerando que até então essa doença era considerada predominantemente americana e de gente rica, tendo invadido os meios de comunicação com sensacionalismo e forte estigma sobre os homossexuais. Convém salientar que há registros de que alguns clientes de Markito se recusaram a usar roupas feitas por ele com receio de contrair a doença<sup>363</sup>.

Os jornais mencionavam a AIDS de forma pejorativa, tratando a doença como “câncer guei” ou, simplesmente, como “peste guei”, após descobrir que a

---

**Direitos**, Natal/RN. 08 jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12256>. Acesso em: 04 mar. 2021. p. 112-113.

<sup>361</sup> CARDINALI, Daniel Carvalho. A proibição de doação de sangue por homens homossexuais: uma análise sob as teorias do reconhecimento de Fraser e Honneth. p. 113.

<sup>362</sup> CARDINALI, Daniel Carvalho. A proibição de doação de sangue por homens homossexuais: uma análise sob as teorias do reconhecimento de Fraser e Honneth. p. 113.

<sup>363</sup> TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. p. 393-394.

doença já havia levado brasileiros a óbito desde 1982. Essa descoberta também revelou que os brasileiros mortos por AIDS haviam todos passado por Nova York no ano anterior. Posteriormente, com o aumento no registro de casos em São Paulo, a Secretaria de Saúde do estado apelou ao ministério federal em Brasília<sup>364</sup>.

Foi então determinado que todos os casos de AIDS dentro do estado de São Paulo fossem reportados ao Sistema de Vigilância Epidemiológica. A Secretaria de Saúde paulista criou um programa para diagnosticar, controlar e tratar a doença, disponibilizando uma linha telefônica à disposição da população para informações. Após instalada a política sanitária estadual, logo tornaram-se públicas as reações negativas da sociedade<sup>365</sup>.

Conforme relata João Silvério Trevisan,

A revista *Veja*, que nunca escondeu seu ressentimento contra homossexuais, ironizou o aparato antiaids montado pela Secretaria de Saúde de São Paulo, argumentando que as “doenças da pobreza” é que deveriam ter atendimento prioritário no país; e concluiu dizendo que um centro de atendimento para aids seria “mais adequado a Nova York do que a São Paulo”, onde “está tão deslocado quanto um serviço público de implantação de pontes de safena na área seca, pobre e faminta do Nordeste<sup>366</sup>”.

No Recife, ocorreram manifestações públicas e muitos muros foram pichados com dizeres como: “Viadagem dá câncer”, “Aids é câncer de bicha”, “Cuidado! Risco de bicha”. O pânico da AIDS atingiu seu pico beirando um descontrole até 1990. Nesse sentido, “Uma pesquisa, realizada em 1991, apontava que 71% das pessoas entrevistadas, em todo o Brasil, tinham medo de pegar AIDS”. A doença era associada a homossexualidade e a prática homossexual era tida como a grande vilã. “Ante o fantasma da morte, elegeu-se um bode expiatório, como sempre acontece nas grandes calamidades públicas e nas fobias daí resultantes. De execrada, a homossexualidade tornou-se maldita<sup>367</sup>”.

A tirania social contra os homossexuais teve ponto alto quando o médico Aloísio Resende Neves, primo de Tancredo Neves, oficiou às entidades de saúde

<sup>364</sup> TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. p. 393-394.

<sup>365</sup> TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. p. 394.

<sup>366</sup> TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. p. 394-395.

<sup>367</sup> TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. p. 395 e 412.

explicando seu projeto de mutilação genital de portadores de HIV, a fim de evitar que esses sujeitos pudessem ter relações sexuais. E, em mais um episódio infeliz praticado pela *Veja*, no ano de 1989, a revista publicou uma edição tendo na capa o rosto de Cazuza todo desfigurado, enquanto o cantor lutava contra a doença. A manchete da *Veja* dizia “Uma vítima da AIDS agoniza em praça pública”<sup>368</sup>.

De forma semelhante ao ocorrido nos Estados Unidos, o Brasil também implementou uma política de exclusão definitiva de doação de sangue por homossexuais a partir de 1985. A discussão em torno da AIDS centrou-se nos chamados “grupos de risco”, “que traduzia certa noção essencialista do risco da doença em relação a sujeitos determinados”. Um dos principais desses “grupos de risco”<sup>369</sup>,

Talvez o principal, é formado pelos HSHs (“Homens que fazem sexo com outros homens”). Trata-se de uma categoria formulada pelo discurso médico e empregada nas discussões e protocolos referentes ao HIV/AIDS e outras DSTs. A sigla foi estrategicamente engendrada para fazer referência direta às práticas sexuais, evitando a discussão acerca do possível descolamento entre práticas e identidades (e.g. homens que se identificam com a heterossexualidade, mas esporadicamente se relacionam com outros homens), principalmente num momento histórico em que a identificação como homossexual poderia ser ainda mais estigmatizante, afugentando alguns homens dos programas de prevenção<sup>370</sup>.

A abordagem midiática norte-americana, que tratava a AIDS de forma pejorativa, chamando-a de “doença dos gays”, acabou contaminando o debate público brasileiro em torno do tema. É indiscutível que a pandemia da AIDS estabeleceu as condições para a ocorrência de um contra-ataque conservador, principalmente após a “revolução sexual” e a descaracterização da homossexualidade como doença pela Associação Psiquiátrica estado-unidense em 1974 e, no Brasil, pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social em 1985. “O pânico moral que caracterizou o debate sobre a doença na época foi responsável pela criação de uma duradoura e renitente correlação entre a AIDS e a homossexualidade”<sup>371</sup>.

<sup>368</sup> TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. p. 415.

<sup>369</sup> CARDINALI, Daniel Carvalho. A proibição de doação de sangue por homens homossexuais: uma análise sob as teorias do reconhecimento de Fraser e Honneth. p. 113.

<sup>370</sup> CARDINALI, Daniel Carvalho. A proibição de doação de sangue por homens homossexuais: uma análise sob as teorias do reconhecimento de Fraser e Honneth. p. 113.

<sup>371</sup> CARDINALI, Daniel Carvalho. A proibição de doação de sangue por homens homossexuais: uma análise sob as teorias do reconhecimento de Fraser e Honneth. p. 114.

Em razão disso, foi editada a Resolução da Diretoria Colegiada de nº 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que, em seu artigo 25, inciso XXX, alínea “d”, dispõe que:

Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos: [...] XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se: [...] d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;<sup>372</sup>.

Também, foi publicada no Brasil, a Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde, que regulamenta a técnica de procedimentos hemoterápicos. No artigo 64, inciso IV da referida Portaria, há a seguinte disposição:

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: [...] IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou parceiras sexuais destes;<sup>373</sup>.

Pode-se observar que, tanto a Resolução da ANVISA, quanto a Portaria do Ministério da Saúde classificam como inaptos para doação sanguínea todos os homens que tiveram relação sexual com outros homens e/ou suas parceiras, nos últimos doze meses. Subentende-se que nesses trechos se firma a tese de que todo homossexual masculino adota práticas sexuais de risco. Tal tese é discriminatória, considerando que nada impede que heterossexuais adotem comportamentos sexuais de risco. Ora, assim como os heterossexuais, os “homossexuais podem ter parceiros estáveis e monogâmicos, com relações sexuais seguras e de pouco risco para bancos de sangue”<sup>374</sup>.

<sup>372</sup> BRASIL. ANVISA. Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução – RDC nº 34, de 11 de junho de 2014**. Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue. Diário Oficial da União, 11 jun. 2014. Disponível em: <https://inc.saude.gov.br/download/resolucao-rdc-n-34-de-11-de-junho-de-2014.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

<sup>373</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 fev. 2016. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html). Acesso em: 15 mar. 2021.

<sup>374</sup> SOUZA JÚNIOR, Edison Vitório; CRUZ, Diego Pires; PIROPÔ, Uanderson Silva; CARICCHIO, Giovanna Maria Nascimento; SANTOS SILVA, Cristiane; FERREIRA NETO, Bráulio José; SOUZA, Átila Rodrigues; BALBINOTE, Franciele Soares; BARROS, Fernanda Luz; SANTOS, Gabriele da Silva. Proibição de doação sanguínea por pessoas homoafetivas: estudo bioético. **Revista Bioética**, Brasília,

Ademais, o ato de impedir a doação de sangue por homossexuais não encontra nenhum respaldo científico, tampouco social, tendo em vista que a homossexualidade em si não indica comportamento sexual de risco capaz de infectar o sangue<sup>375</sup>. Impedir que homens doem sangue pelo simples fato de se relacionarem com outros homens, não é circunstância lastreada pela ciência, mas sim baseada no preconceito institucionalizado.

Ressalta-se que essa vedação de doação sanguínea não é aplicada às mulheres lésbicas, nem as heterossexuais, as quais podem transmitir HIV tanto quanto homens. Essa medida discriminatória contra os homossexuais faz com que o Brasil perca aproximadamente 18 milhões de litros de sangue todos os anos. A proibição “é ação vexatória, traumática e injustificada, visto que o perigo propriamente dito não decorre da orientação sexual”. Em outras palavras, não é a orientação sexual o fator determinante para a contaminação sanguínea, mas sim o comportamento sexual de risco (não utilização de preservativos, por exemplo), que pode ser praticado tanto por homens ou mulheres, heterossexuais, ou homossexuais<sup>376</sup>.

Insta frisar que é o comportamento sexual de risco que deve ser avaliado e levado em conta no momento da entrevista com o candidato à doação de sangue, independentemente da sua orientação sexual ou identidade de gênero. Tanto os homossexuais quanto os heterossexuais são titulares do direito e do dever cívico de doar sangue. Não há mais espaço para que o homossexual seja visto e tratado como porta de entrada para todas as patologias<sup>377</sup>.

---

DF, Jan./Mar. 2020. Disponível em: [https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/1925](https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1925). Acesso em: 04 mar. 2021. p. 92

<sup>375</sup> ALVES, Fernando de Brito; PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. A inconstitucionalidade das regras discriminatórias para doação de sangue por homossexuais masculinos. **Revista de Políticas Públicas e Segurança Social**, Minas Gerais, 2017. Disponível em: <https://www.nepppss.com/revista/index.php/revistappss/article/viewFile/2017010201/69>. Acesso em: 5 mar. 2021. p. 17.

<sup>376</sup> SOUZA JÚNIOR, Edison Vítório; CRUZ, Diego Pires; PIROPÔ, Uanderson Silva; CARICCHIO, Giovanna Maria Nascimento; SANTOS SILVA, Cristiane; FERREIRA NETO, Bráulio José; SOUZA, Átila Rodrigues; BALBINOTE, Franciele Soares; BARROS, Fernanda Luz; SANTOS, Gabriele da Silva. Proibição de doação sanguínea por pessoas homoafetivas: estudo bioético. p. 92.

<sup>377</sup> RECKZIEGEL, Janaína; CANELLO, Ana Paula. Pela semelhança ou pela diferença na doação de sangue: necessidade de novos parâmetros norteadores. **Unoesc International Legal Seminar**, 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4302>. Acesso em: 20 fev. 2021. p. 560-564.

O Ministério da Saúde e a ANVISA justificavam que “a prática sexual entre homens constitui conduta de risco em razão da maior probabilidade que, neste tipo de relação, advém para o contágio de doenças sexualmente transmissíveis”. No entanto, todo o sangue que é coletado passa por exames laboratoriais de tecnologia avançada, com testes sorológicos capazes de detectar se aquele sangue está ou não contaminado com algum vírus<sup>378</sup>.

Entretanto, existe o fator da chamada “janela imunológica”, que consiste num intervalo de tempo em que a pessoa pode estar infectada e a doença não ser detectável. Se, porventura a pessoa efetuar a doação de sangue dentro desse intervalo de tempo, enquanto já se encontra infectada, mas os exames ainda são incapazes de detectar a doença, pode-se ter a ocorrência do falso negativo. Porém, período de risco de que a infecção não apareça no exame é bastante curto e se concentra entre dez a doze dias da data do contágio<sup>379</sup>.

É em razão do risco da janela imunológica que os órgãos encarregados da saúde pública justificam a necessidade de vedação da doação de sangue por homens que mantiveram relação sexual com outros homens e/ou parceiras destes durante os últimos doze meses. Todavia, a forma com que tais atos normativos verbalizam e “acarretam um banimento dos homossexuais masculinos de doação de sangue, o que considero ser algo extremamente discriminatório e estigmatizante para um grupo que já enfrenta preconceitos históricos”, que, somente nos últimos anos e com a atuação da Suprema Corte brasileira têm finalmente superado alguns destes preconceitos<sup>380</sup>.

A inconstitucionalidade dos dois atos normativos é assentada na desproporcionalidade em que restringem direitos fundamentais de homossexuais masculinos. A razão é a de que o critério dos doze meses sem prática sexual entre homens e/ou parceiras sexuais destes é obviamente excessivo. É o que sustenta o

---

<sup>378</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Inteiro teor). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543**. Art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Anvisa. Restrição de doação de sangue a grupos e não condutas de risco. Discriminação por orientação sexual. Inconstitucionalidade. Ação Direta Julgada Procedente. Relator: Ministro Edson Fachin, 11 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>. Acesso em: 15 mar. 2021. p. 66.

<sup>379</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Inteiro teor). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543**. p. 66-67

<sup>380</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Inteiro teor). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543**. p. 67



voto do ministro Luís Roberto Barroso na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543 que diz<sup>381</sup>:

Se o problema, como diz o Ministério da Saúde e a Anvisa, é a tal janela imunológica – porque, em relação a todo o período e a tudo o mais, o exame laboratorial é capaz de detectar –, a regra que impõe o dever de abstinência por doze meses, ou seja, impede o desfrute de uma vida sexual normal, é absolutamente desnecessária. E a necessidade para atingir um determinado resultado é um dos componentes da ideia de proporcionalidade. Portanto, se fora do período da janela imunológica, o exame laboratorial elimina o risco do falso negativo, não há nenhuma razão para que eventual interdição, eventual período de inabilitação, extrapole e, ainda que se queira ter uma margem de segurança de quinze ou trinta dias, mas um ano peca claramente pelo excesso<sup>382</sup>.

Ambas as normas levadas à discussão ao Supremo Tribunal Federal acabam por promover tratamento discriminatório, considerando que “elas elegem, como critério de inaptidão, a orientação sexual do doador, e não a conduta de risco”<sup>383</sup>. “Nessa toada, a exclusão *a priori* de quaisquer grupos de pessoas da possibilidade de praticar tal ato – a doação de sangue – deve ser vista com atenção redobrada”<sup>384</sup>.

Aqui se está, pois, diante de regulamentação que toca direto ao núcleo mais íntimo do que se pode considerar a dignidade da pessoa humana, fundamento maior de nossa República e do Estado Constitucional que ela vivifica (art. 1º, III CRFB). Não se pode coadunar, portanto, com um modo de agir que evidencie um amiar desse princípio maior, tolhendo parcela da população de sua intrínseca humanidade ao negar-lhe, injustificadamente, a possibilidade de exercício de empatia e da alteridade como elementos constitutivos da própria personalidade e de pertencimento ao gênero humano<sup>385</sup>.

Ademais, restringir que homens homossexuais doem sangue pelo fato de exercerem a sua sexualidade é ato normativo absolutamente discriminatório. A restrição de doação de sangue deve ser avaliada e imposta segundo critérios que levem em conta as condutas de risco do doador, independentemente do gênero e/ou orientação sexual. A redação dos atos normativos impugnados no Supremo Tribunal Federal estabeleciam que homens homossexuais, apenas em razão da orientação

<sup>381</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Inteiro teor). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543**. p. 69.

<sup>382</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Inteiro teor). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543**. p. 70.

<sup>383</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Inteiro teor). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543**. p. 73.

<sup>384</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Inteiro teor). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543**. p. 19.

<sup>385</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Inteiro teor). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543**. p. 19-20.

sexual que vivenciavam, se tornavam automaticamente em potenciais vetores de transmissão de variadas enfermidades, dentre elas a AIDS.

Outrossim, a redação dos atos normativos do Ministério da Saúde e da Anvisa contrariam alguns dos valores basilares da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, bem como agridem diretamente os direitos fundamentais dos homens homossexuais. Primeiramente, há que se falar em violação do princípio da igualdade, o qual visa evitar a ocorrência de discriminações injustificáveis como a proibição de doação de sangue por homossexuais que mantiveram relação sexual nos doze meses anteriores ao ato de doação de sangue, enquanto a norma deveria se preocupar com os comportamentos de risco, independentemente da orientação sexual, se aplicando também a homens e mulheres heterossexuais.

Em segundo lugar, está a violação da dignidade da pessoa humana, considerando que não se pode haver distinção entre doadores por ocasião da orientação sexual, e sim das condutas de risco. A “heterossexualidade não pode ser tida como um padrão de sexualidade estanque”<sup>386</sup> capaz de fazer com que órgãos do Estado rejeitem o sangue homossexual, pelo estigma e pelo preconceito.

O fato é que “não há um estereótipo a ser seguido. Não há regra. O certo é que não é dado a ninguém o direito de dissimular e vexar a sexualidade de outrem”<sup>387</sup>, nem mesmo é dado o direito ao Estado editar normas capazes de impedir que homossexuais pratiquem ato de tamanho altruísmo e humanidade. “O direito de livre expressão da sexualidade é imanente ao indivíduo e não deve encontrar barreiras num sentimento social de aversão e que tende a marginalizar condutas desviadas da heterossexualidade”<sup>388</sup>.

De sublinhar que embora a Constituição vede qualquer tipo de discriminação advinda da ordem sexual do indivíduo, alguns ainda insistem em interpretar

---

<sup>386</sup> MARIN, Jeferson Dytz. **Princípio da liberdade de orientação sexual: Gênero, Identidade e Democratização do Afeto.** p. 129.

<sup>387</sup> MARIN, Jeferson Dytz. **Princípio da liberdade de orientação sexual: Gênero, Identidade e Democratização do Afeto.** p. 129.

<sup>388</sup> MARIN, Jeferson Dytz. **Princípio da liberdade de orientação sexual: Gênero, Identidade e Democratização do Afeto.** p. 129.

o dispositivo que cuida dos Direitos Fundamentais do Homem de forma tendenciosa, excluindo do abrigo da norma as relações entre iguais<sup>389</sup>.

Nesse sentido, extrapolando a análise do sangue como matéria e passando a tratar desse elemento que circula nas veias e artérias humanas também na seara simbólica, tem-se que é o sangue que possibilita o existir e o fazer história. É o sangue que remete o ser humano a sua própria humanidade. É o sangue elemento vital e indispensável, necessário para todas as pessoas, independentemente da cor, raça, orientação sexual, religião, partido político, nacionalidade e gênero. É o sangue que faz o humano ser humano, do nascer ao morrer. É o sangue necessário quando o sujeito adocece e necessita receber bolsas de sangue para manutenção da sua vida. É o sangue doado num ato humanitário que viabiliza a manutenção da vida de outrem que sequer conhece.

Assim, o voto do ministro relator Edson Fachin foi acolhido pela maioria dos ministros da Suprema Corte brasileira, no que tange ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, tendo-se chegado a conclusão de que a Portaria do Ministério da Saúde e a Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ambas supracitadas:

a) **ofendem a dignidade da pessoa humana (autonomia e reconhecimento)** e impedem as pessoas por ela abrangidas de serem como são (art. 1º, III, CRFB); b) vituperam os **direitos da personalidade à luz da Constituição da República**; c) **aviltam**, ainda que de forma desintencional, **o direito fundamental à igualdade** ao impedir as pessoas destinatárias da norma de serem tratadas como iguais em relação aos demais cidadãos (art. 5º, *caput*, CRFB); d) fazem a República Federativa do Brasil **derribar o que ela deveria construir – uma sociedade livre e solidária – art. 3º, I, CRFB**; e) **induzem o Estado a empatar o que deveria promover – o bem de todos sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação – art. 3º, IV, CRFB**; f) **afrontam a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, os quais, em razão do § 2º do art. 5º, da CRFB, por serem tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, possuem natureza materialmente constitucional. Vale dizer, em que pese não estarem sediados no texto da Constituição da República de 1988 os direitos previstos nesses tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a ela se incorporam quando o Brasil torna-se parte destes**<sup>390</sup>.

Portanto, “a construção da diferença homossexual é um mecanismo jurídico bem rodado que permite excluir gays e lésbicas do direito comum (universal),

<sup>389</sup> MARIN, Jeferson Dytz. **Princípio da liberdade de orientação sexual: Gênero, Identidade e Democratização do Afeto**. p. 130.

<sup>390</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Inteiro teor). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543**. p. 55-56.

inscrevendo-os (as) em um regime de exceção (particular)”<sup>391</sup>. E a negação da possibilidade de exercitar a empatia, o altruísmo, o reconhecimento e a alteridade, utilizando-se de fundamentos lastreados no preconceito e na discriminação de homossexuais, é, sobretudo, inconstitucional, inadmissível e deve ser rechaçada dentro de um Estado constitucional.

Ainda, cabe registrar que esta dissertação de mestrado, a qual trata de uma temática progressista e emancipatória, foi escrita em um momento difícil, de grandes retrocessos humanitários e sociais, ocasionados pela ascensão da extrema-direita e do reacionarismo avessos a qualquer reconhecimento de dignidade às minorias tão negligenciadas e violentadas ao longo de toda a história da humanidade. Ressalta-se também que o Supremo Tribunal Federal, no exercício legítimo da jurisdição constitucional, tem reparado e reconhecido, ainda que lentamente os direitos da comunidade LGBTQIA+, enquanto que os demais Poderes da República permanecem omissos e contrários a qualquer proclamação de direitos às minorias sexuais.

Por fim, cabe por em destaque o trecho de um dos últimos livros publicados pelo professor Dr. Jeferson Dytz Marin, dispondo que:

A história tem demonstrado que a teoria da tripartição dos poderes, cunhada por Montesquieu, alcançou pleno êxito. E dentre os poderes legitimamente constituídos, o Judiciário tem sido altivo na defesa dos interesses sociais. Não poderia ser diferente agora. Os pretórios têm ousado e enfrentado os sacralizados conceitos de família que insistem em permanecer, o que culminou com a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, que afastou, sob todos os prismas, a distinção no trato dos indivíduos em razão de sua orientação sexual<sup>392</sup>.

Desta forma, dá-se por satisfeito e alcançado o objetivo desta dissertação de mestrado, a fim de se ter concluído que a jurisdição constitucional agiu diligentemente e como *ultima ratio* nos pleitos por reconhecimento de direitos, de tratamento igualitário e de respeito da comunidade LGBTQIA+. O papel iluminista do Supremo Tribunal Federal na efetivação da dignidade da pessoa humana das minorias sexuais, por meio da jurisdição constitucional, enquanto havia grave omissão inconstitucional por parte do parlamento e do executivo federal, provocou um

---

<sup>391</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 38-39.

<sup>392</sup> MARIN, Jeferson Dytz. **Princípio da liberdade de orientação sexual: Gênero, Identidade e Democratização do Afeto**. p. 160.

“empurrão” emancipatório no sistema jurídico brasileiro, no que tange os direitos da comunidade LGBTQIA+.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A população LGBTQIA+ sempre foi alvo de violências de todos os tipos, bem como as minorias sexuais foram vistas como pessoas aquém das pessoas tidas como normais, tanto em suas formas de se expressar quanto nos jeitos de viverem sua sexualidade. Os homossexuais são vítimas de desprezo e chacota desde tenra idade nas escolas, enquanto sequer tinham consciência de sua homossexualidade.

Os meninos afeminados sofreram e sofrem repressão pelos pais, colegas e até mesmo professores, por preferirem brincar com meninas e tê-las como amigas, ao invés de jogarem futebol com os meninos. A negação da identidade homossexual, preliminarmente expressada pela sociedade e posteriormente introjetada no psicológico de crianças, é uma das primeiras violências experimentadas por meninos e adolescentes afeminados.

Posteriormente, essas crianças e adolescentes em completo conflito com sua própria identidade, se tornam adultos e carregam consigo uma carga de rejeição e sentimento de culpa por não conseguirem se encaixar num mundo que os recebeu com ódio e desprezo. Pode-se afirmar que as primeiras violências que os homossexuais sofrem se iniciam no momento em que meninos são impedidos de brincar de boneca e são obrigados a jogar futebol com os meninos.

As pessoas que se identificam como LGBTQIA+ cresceram ouvindo xingamentos por seus traços femininos, no caso dos meninos, bem como pelos traços masculinos, no caso das meninas. Termos como “viadinho”, “bichinha”, “florzinha”, “sapatão”, entre outros, são utilizados para ferir os indivíduos e tê-los como chacota.

As represálias sofridas pelos LGBTQIA+, iniciadas no jardim de infância, de forma orgânica pelos colegas de classe, são frutos de uma sociedade que já detém no inconsciente coletivo a ideia de que esses sujeitos que não se encaixam no padrão heteronormativo, não são dignos de tratamento respeitoso. Além disso, a sociedade em sua grande maioria, entende a homoafetividade como algo errado e pecaminoso, a qual deve ser rechaçada de diversas formas.

Nesse sentido, destaca-se que as agressões ocorrem também no seio familiar, quando pais e mães percebem que seus filhos apresentam características

singulares, uns mais afeminados, outras mais masculinizadas. A não aceitação e a intolerância intrafamiliar, se soma as outras violências discriminatórias de outras famílias que, em grande maioria, forma uma sociedade homotransfóbica.

Outrossim, conforme tratado no primeiro capítulo deste trabalho, pode-se constatar que a homoafetividade existe desde a antiguidade. Após centenas de anos, a homossexualidade permanece como “tabu” e continua a receber tratamento desidioso, tanto pela sociedade civil, quanto pelas Instituições de Estado.

A negação de direitos à população LGBTQIA+ persiste dentro do parlamento brasileiro, sendo que as minorias sexuais militam sem sucesso há anos dentro do Congresso Nacional, mesmo sob vigência da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988. Houve diversas tentativas de aprovação de leis que reconhecessem juridicamente as relações homoafetivas, as quais, em sua totalidade, foram infrutíferas.

Os parlamentares favoráveis ao reconhecimento das relações homoafetivas como entidade familiar foram e continuam sendo minorias dentro da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A judicialização dos direitos da comunidade LGBTQIA+ é resultado de uma grave omissão do Poder Legislativo em declarar direitos básicos inerentes a qualquer ser humano, negando direitos fundamentais e fortalecendo ainda mais a discriminação institucional.

O conservadorismo impede a tramitação de leis direcionadas aos LGBTQIA+, provocando a mora do Poder Legislativo e deixando essa parcela da população desassistida. Em razão da ausência deste Poder, as minorias sexuais, por meio das associações e partidos políticos, não tendo outra alternativa, buscaram e felizmente encontraram no Poder Judiciário o amparo aos seus postulados.

A sociedade brasileira ostenta preconceito contra as pessoas que não seguem o padrão heteronormativo. O Poder Legislativo tem se omitido no que tange aos direitos dos homossexuais desde sempre. Em razão dessa negação de direitos fundamentais à população LGBTQI+, houve a necessidade de os movimentos sociais e partidos políticos requererem a tutela do Poder Judiciário a fim de garantir a efetivação desses direitos.

Diante disso, conclui-se também que o Poder Judiciário tem acolhido os pleitos apresentados pelas associações e partidos políticos que representam as minorias sexuais. A exemplo do reconhecimento jurídico das relações homoafetivas, e da criminalização da homotransfobia, em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana.

Foi tão e somente pela mora legislativa que o Poder Judiciário, após ter sido provocado por entes devidamente legitimados para tal, que atribuiu interpretação constitucional aos textos legais, bem como supriu lacunas que ainda não haviam sido preenchidas pelo Poder Legislativo. Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal atua como “guardião da Constituição” e deve interpretá-la constantemente a fim de que esta não se torne obsoleta e cumpra integralmente seu papel, que é de resguardar os direitos fundamentais de todos, inclusive daquelas minorias desassistidas pelo poder político majoritário.

Ademais, a busca por reconhecimento de direitos pela comunidade LGBTQIA+, em todos os aspectos dissertados neste trabalho, evocaram como seu fundamento basilar o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, tem-se que os postulados que evocam legitimamente o princípio da dignidade da pessoa humana, independem e nem podem ser deixados a cargo tão somente da simples maioria parlamentar.

Por fim, entende-se que os direitos LGBTQIA+ reconhecidos pelo Poder Judiciário brasileiro fortalecem o Estado Democrático de Direito e não afrontam a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, uma vez que as interpretações exaradas pelo Supremo Tribunal Federal são proferidas pelos próprios meios constitucionais vigentes, e em nome do princípio da dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, ressalta-se que, a judicialização desses temas, não visa substituir a via legislativa, mas sim funcionar como um instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana das minorias sexuais, enquanto estas permanecem invisíveis pela maioria dos deputados e senadores.



## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALBUQUERQUE, Isete Evangelista. O direito das minorias na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a situação dos índios enquanto minoria étnica do Estado brasileiro. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 06, n. 02, p. 11-32, 2013, p. 16. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11769>. Acesso em: 23 ago. 2020.

ALVES, Fernando de Brito; PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. A inconstitucionalidade das regras discriminatórias para doação de sangue por homossexuais masculinos. *Revista de Políticas Públicas e Segurança Social*, Minas Gerais, 2017. Disponível em: <https://www.nepppss.com/revista/index.php/revistappss/article/viewFile/2017010201/69>. Acesso em: 5 mar. 2021. p. 17.

ANGELA, Alberto. *Amor y sexo en la antigua Roma*. Traducción del italiano: Alejandro Pradera. Madrid: La esfera de los libros, 2015. p. 69.

ANNOVI, Gian Maria. *Pier Paolo Pasolini: performing authorship*. New York: Columbia University Press, 2017. p. 13. Apple Book.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo: Anti-Semitismo, Imperialismo e Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 207.

BARBO, Daniel. *Homossexualidade e paiderastia em Thomas Mann*. *Calíope: Presença Clássica*, Rio de Janeiro, n. 28, p. 48-66. 2014. p. 53.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. p. 153-157.

BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalismo Democrático: A ideologia vitoriosa do século XX*. Ribeirão Preto: Editora Migalhas, 2019. p. 10.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 177.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Revista Atualidades Jurídicas*. n. 4. Brasília: OAB Editora, 2009b. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020. p. 15.

BARROSO, Luís Roberto. *O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto*. 2013. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-Constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020, p. 16-17.

BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênica: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 168-169.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. *Cultura Constitucional*. Tese de doutorado em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2016. p. 303-304

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7 ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004. p. 33.

BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della politica*. Piccola biblioteca Einaudi. Nuova serie (Italian Edition). Apple Books. p. 840-841.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do Estado. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí. set./dez. 2016. p. 1341. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9700>. Acesso em: 10 set. 2020. p. 1343.

BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 38-39.

BRASIL. ANVISA. Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução – RDC nº 34, de 11 de junho de 2014. Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue. *Diário Oficial da União*, 11 jun. 2014. Disponível em: <https://inc.saude.gov.br/download/resolucao-rdc-n-34-de-11-de-junho-de-2014.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.151/1995. Autor: Marta Suplicy – PT/SP. Ementa: Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.583 de 2013. Ementa: Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Família e dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar. Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes [...]. Situação do PL: Aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA); Comissão em funcionamento. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.404 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Brasília/DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 fev. 2016. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html). Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição da Procuradoria-Geral da República juntada aos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. p. 03. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.026.981/RJ. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2010\\_218\\_capTerceiraTurma.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2010_218_capTerceiraTurma.pdf). Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889.852/RS. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/ATC2.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/ATC2.pdf). Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus nº 82.424/RS. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves, 12 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Inteiro teor). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543. Art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Anvisa. Restrição de doação de sangue a grupos e não condutas de risco. Discriminação por orientação sexual. Inconstitucionalidade. Ação Direta Julgada Procedente. Relator: Ministro Edson Fachin, 11 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>. Acesso em: 15 mar. 2021. p. 66.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) [...]. Decisão: [...] 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. [...]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...] Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência da ação. Relator: Ministro Ayres Britto. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. 05, de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Ementa: ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 845.779. Ementa: TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado. Andamento: ao gabinete do Ministro Luiz Fux (pedido de vista). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657292>. Acesso em: 12 set. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 149.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, 2ª. Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 380-387.

CARDINALI, Daniel Carvalho. A proibição de doação de sangue por homens homossexuais: uma análise sob as teorias do reconhecimento de Fraser e Honneth. Revista Constituição e Garantia de Direitos, Natal/RN. 08 jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12256>. Acesso em: 04 mar. 2021. p. 112-113.

CARVELLI, Urbano; SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: da antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 48, n. 191, p. 167-189. Jul./set. 2011. p. 172. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242914/000926858.pdf?sequence=1> Acesso em: 22 jul. 2020.

DATASENADO. 25 anos da Constituição: relatório de pesquisa. Brasília/DF: Coordenação de Pesquisa e Opinião da Secretaria de Transparência do Senado Federal, 2013. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/materias/pdf/DataSenadoPesquisa25\\_anos\\_CF.pdf](https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/materias/pdf/DataSenadoPesquisa25_anos_CF.pdf). Acesso em: 16 ago. 2020.

DE CARVALHO, Nathalia Brito. Constitucionalismo democrático no Brasil? A luta de movimentos sociais LGBT pela efetivação de direitos no Poder Judiciário. Dissertação de Mestrado em Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. p. 132. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-ASXG62>. Acesso em: 10 set. 2020.

DE LAZARI, Rafael José Nadim. A importância da concepção cultural da Lei Fundamental para o desenvolvimento do saber jurídico-constitucional. Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, v. 4, n. 7, p. 63-76, nov. 2013. p. 66-68. ISSN 2358-601X. Disponível em: <[http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U\\_Fato\\_Direito/article/view/1756](http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1756)> . Acesso em: 12 ago. 2020.

DELLA COLETTA, Ricardo. Bolsonaro mentiu ao falar de livro de educação sexual no 'Jornal Nacional'. El País, São Paulo, 29 de ago. de 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/29/politica/1535564207\\_054097.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/29/politica/1535564207_054097.html). Acesso em: 19 set. de 2020.

FALCÃO, Márcio. Presidente da Câmara pede volta de projeto que cria dia do orgulho hétero. Folha de São Paulo, Brasília-DF, em 12 de fev. de 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/02/1588991-presidente-da-camara-pede-volta-de-projeto-que-cria-dia-do-orgulho-hetero.shtml>. Acesso em: 29 mar. 2021.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. La Justicia Constitucional Europea ante El Siglo XXI. Madrid: Editora Tecnos, 2007. P. 85.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Traducción de: Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta S.A, 2018. p. 66.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 25.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: La ley del más débil. 4 ed Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 37-38.

FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. Revista Sexualidad, Salud y Sociedad, Rio de Janeiro, n. 12, p. 37-63. p. 44. Dez. 2012.

GARCIA, Marcos Leite. Características básicas do conceito integral de direitos humanos fundamentais. In: XVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. 2009, Maringá. Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. v.1. p. 6199-6223. p. 6202.

GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos direitos fundamentais e as demandas transnacionais. Revista do Direito UNISC. Santa Cruz do Sul, n. 33, p. 103-129. Jan./jun. 2010. p. 105.

GARGARELLA, Roberto. La Justicia Frente Al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Editorial Ariel AS, 1996, p. 122-123

GRUPO DIGNIDADE. Projeto Lampião da Esquina. Curitiba, 2020. Disponível em: <https://www.grupodignidade.org.br/projetos/lampiao-da-esquina/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

HÄBERLE, Peter. El Estado constitucional. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. p. 189.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Editora SAFE, 1997. p. 37.

HÄBERLE, Peter. Métodos y principios de interpretación Constitucional: Un catálogo de problemas. Revista de Derecho Constitucional Europeo, Granada, n. 13, p. 379-414. Jan. 2010. p. 384.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Editora SAFE, 1991, p. 19.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 29, n. 115, p. 5-26, jul./set. 1992, p. 08. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176002>. Acesso em: 13 ago. 2020.

HUERTAS, Mayra Solanye Galindo; GOMEZ, Paula Andrea; MANOSALVA, Mayra Alejandra. Momentos de reconocimiento como sujetos de derecho de un grupo de personas jóvenes universitarias LGBT en Tunja, Boyacá. Sex., Salud Soc. (Rio J.), Rio de Janeiro, n. 29, p. 172-194, ago. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S198464872018000200172&lng=en&nrm=isso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198464872018000200172&lng=en&nrm=isso). Acesso em: 18 fev. 2021. p. 188.

INSTITUTO VLADIMIR HERZOG. Repressão à comunidade LGBT na ditadura. São Paulo: Acervo Vladimir Herzog, 2020. Disponível em: <http://memoriasdaditadura.org.br/lgbt/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. Manual da Homoafetividade: Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos. 3ª ed. Bauru/SP: Editora Spessotto, 2019. p. 65.

IOTTI VECCHIATTI, Paulo Roberto. O STF, a Homotransfobia e o seu Reconhecimento como Crime de Racismo. Bauru, SP: Editora Spessotto, 2020. p. 17.

KUNRATH, Yasmine Coelho. Os direitos da personalidade enquanto direitos fundamentais. Revista Justiça do Direito. Passo Fundo, v. 30, n. 3, p. 503-522. Set./dez. 2016. p. 507. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i3.6178>. Acesso em: 22 jul. 2020.

LUCAS VERDÚ, Pablo. El sentimiento constitucional: Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política. Madrid: Editora Reus, 1985. p. 64.

LUHMANN, Niklas. Sociedad y sistema: la ambición de la teoría. 1ª ed. Barcelona: Paidós, 1990. p. 16.

MARIN, Jeferson Dytz. Princípio da liberdade de orientação sexual: Gênero, Identidade e Democratização do Afeto. Curitiba/PR: Editora Juruá, 2015. p. 76.

MARQUES, Karina. A figura do bode expiatório em Samuel Rawet: O “desejo mimético” e a destruição do corpo adversário. LL Journal, Nova York, 2018. Disponível em: <https://lljournal.commons.gc.cuny.edu/marques/>. Acesso em: 20 set. 2020. p. 01.

MARQUES, Luis. Plenário recusa emenda contra discriminação a homossexual. Folha de São Paulo, São Paulo/SP, 20 de jan. de 1988. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/123538/1988\\_23%20a%2031%20de%20Janeiro\\_186.pdf?sequence=1](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/123538/1988_23%20a%2031%20de%20Janeiro_186.pdf?sequence=1). Acesso em: 21 jul. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 466.

MOREIRA, Adilson José. O que é discriminação?. São Paulo: Editora Letramento, 2017. p. 52-53.

MOURA, Maurício; CORBELLINI, Juliano. A eleição disruptiva: por que Bolsonaro venceu. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 127.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 5ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 301-308.

OLSEN, Ana Carolina Lopes Olsen; KOZICKI, Katya. Limites e perspectivas do diálogo entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí. 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13035>. Acesso em: 26 set. 2020. p. 49

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Processos de reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal e a garantia dos direitos fundamentais aos homossexuais, apresentados pelo Supremo Tribunal Federal. Comitê Nacional do Brasil do Programa Memória do Mundo da Unesco. Acervos brasileiros. Disponível em: <http://mow.arquivonacional.gov.br/index.php/acervos-brasileiros/registro-nacional.html>. Acesso em: 24 mar. 2021.

PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares. Mutação Constitucional: à luz da teoria constitucional contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 69-69.

PAOLO PASOLINI, Pier. Poemas. Tradução de Maurício Santana Dias. BERARDINELLI, Alfonso; DIAS, Maurício Santana (Org.). São Paulo: Cosac Naify, 2015. Posição 121-125 de 5777. E-book Kindle (não paginado).

PECES-BARBA, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999. p. 138.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales. Madrid: Editora Tecnos, 2004. p. 17.

PESSOA, João Paulo. A cultura constitucional no Brasil. Tese de doutorado em Direito. Curso de Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São



Paulo. São Paulo/SP, 2019. Anexo III. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22070>. Acesso em: 16 ago. 2020.

POLEZZE, Rogério Volpatti. Políticas públicas para minorias sexuais: Características e perspectivas no direito brasileiro. 2015. 147 p. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6807>. p. 73. Acesso em: 20 jan. 2021.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo. Traduzido por: Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p. 14-15.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. Yale Law School Legal Scholarship Repository, New Haven, 2007. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/169](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169). Acesso em 22 set. 2020. p. 373-374.

RECKZIEGEL, Janaína; CANELLO, Ana Paula. Pela semelhança ou pela diferença na doação de sangue: necessidade de novos parâmetros norteadores. Unoesc International Legal Seminar, 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4302>. Acesso em: 20 fev. 2021. p. 560-564.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. Revista Direito e Democracia, Canoas, v. 2, n. 2, p. 383-408, 2001, p. 392. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/viewFile/2410/1645>. Acesso em: 23 ago. 2020.

ROSANVALLON, Pierre. La legitimidad democrática: Imparcialidad, reflexividad y proximidad. 1 ed. Tradução de: Heber Cardoso. Madrid: Paidós, 2010, p. 191-192.

SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional: Una radiografía teórica. México: Editora FCE, 2006. p. 16-17.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição e o pluralismo na encruzilhada: justiça constitucional como guardião das minorias políticas. Revista latino-americana de estudos constitucionais, Belo Horizonte, n. 2, p. 79-131, jul. 2003, p. 81.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) Crise e Desafios da Constituição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005. p. 22-54.

SÁNCHEZ, Félix López. Homossexualidade e família: Novas estruturas. Tradução de Carlos Henrique Lucas Lima. Porto Alegre: Editora Artmed, 2009. p. 43-44.

SILVA, José Afonso. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 15.

SOARES, Bruno Martins. Sujeitos de reconhecimento: uma análise dos limites do reconhecimento a partir do julgamento sobre a "união homoafetiva" no Brasil. 2014.

Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Acesso em: 23 fev. 2021. p. 151.

SOUZA JÚNIOR, Edison Vitório; CRUZ, Diego Pires; PIROPÔ, Uanderson Silva; CARICCHIO, Giovanna Maria Nascimento; SANTOS SILVA, Cristiane; FERREIRA NETO, Bráulio José; SOUZA, Átila Rodrigues; BALBINOTE, Franciele Soares; BARROS, Fernanda Luz; SANTOS, Gabriele da Silva. Proibição de doação sanguínea por pessoas homoafetivas: estudo bioético. Revista Bioética, Brasília, DF, Jan./Mar. 2020. Disponível em: [https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/1925](https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1925). Acesso em: 04 mar. 2021. p. 92

SOUZA, Jessé. A elite do atraso: da escravidão a Bolsonaro. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019. p. 87.

SPENCER, Colin. Homossexualidade: uma história. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999, p. 76.

STANLEY, Jason. Como funciona o fascismo: a política do “nós” e “eles”. Tradução de: Bruno Alexander. Porto Alegre: L&PM, 2019. p. 127.

TREVISAN, João Silvério. A resistência dos vagalumes: mobilização da comunidade LGBT no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Schwarcz, 2020. p. 09.

TREVISAN, João Silvério. Devassos no paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, p. 65-67 e 220-226.

VALADÉS, Diego. Conversas acadêmicas com Peter Häberle. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 46-47.

VIEIRA JUNIOR, Dicesar Beches. Teoria dos direitos fundamentais: Evolução histórico-positiva, regras e princípios. Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ. Rio de Janeiro, n. 28, p. 73-96. Dez./2015. p. 75-76. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/20298/14641>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

VULLIAMY, Ed. Quem realmente matou Pier Paolo Pasolini. Tradução de Paulo Migliacci. Folha de São Paulo, 29 Ago. 2014. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2014/08/1507499-quem-realmente-matou-pier-paolo-pasolini.shtml>. Acesso em: 22 mar. 2021.

WEBER, Max. Economía y sociedad. México: Fondo de Cultura Económica, 1988. p. 174.